Über die Anwendung des Grundsatzes

Ne bis in idem

auf dem Gebiete des

fortgesetzten und Kollektivdelikts.

Als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Richard Bockshammer,
Justizreferendär I. Klasse in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1896.

Über die
Anwendung des Grundsatzes
Ne bis in idem
auf dem Gebiete des
fortgesetzten und Kollektivdelikts.

Als Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Richard Bockshammer,
Justizreferendär I. Klasse in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1896.

Inhaltsverzeichnis.

Eine Abhandlung über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts existiert nicht. Über ne bis in idem im allgemeinen handeln hauptsächlich: Heffter, non bis in idem, Berlin 1873; Glaser in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut Bd. 12 (1885) S. 303 ff.; Max Berner, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß, Leipzig 1891. Eine erschöpfende Angabe der Litteratur über ne bis in idem findet sich bei Glaser, Handbuch Bd. 2 S. 62 Note 1.

Verzeichnis der in nachstehender Abhandlung mehrfach citierten Werke.

1. Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozesses. 2 Bde. Göttingen 1861. 1868.
2. Glaser, Handbuch des Strafprozesses; Leipzig 1883, in Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft 9. Abteil. 4. Teil Bd. I. II.
3. Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts; Leipzig 1880.
4. Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts; Stuttgart 1887.
5. v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts; Freiburg i. B. 1892.
6. Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts; München 1893 (II. Bd. der Lehrbücher des deutschen Rechts, herausgegeben von Max Seydel).
7. Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. Auflage, bearbeitet von A. Hellweg; Berlin 1894.
8. Stenglein, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl.; Nördlingen 1889.
9. John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich; Erlangen 1884, in „Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen", herausgegeben v. Bezold, 3. Teil Bd. 6.
10. H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl.; Leipzig 1895.

11. Binding, Handbuch des Strafrechts; Leipzig 1885, in Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 7. Abteil. 1. Teil Bd. I.
12. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage; Berlin 1894.
13. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4. Aufl.; Berlin 1892.
14. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 13. Aufl. Berlin 1896.
15. Dollmann-Risch, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10. November 1861; Erlangen 1868 in: „Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II. mit Erläuterungen", herausgegeben von Dollmann, fortgesetzt von Pözl, 3. Teil 4. Bd. 1. Abteil.
16. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht; Göttingen 1844.
17. Heffter, Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung; Berlin 1873.
18. Berner, Max, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß; Leipzig 1891.
19. Olshausen, Der Einfluß von Vorbestrafungen auf später zur Aburteilung kommende Strafthaten; Berlin 1876.
20. v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten; Leipzig 1879.
21. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- nnd gewohnheitsmäßigen Verbrechen; Jena 1871.
22. Merkel, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen; Darmstadt 1862.
23. Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz; Berlin 1893.
24. Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877; Berlin 1880/81.
25. Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht seit 1853; jetzt Archiv für Strafrecht.
26. Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß u. s. w. 1849 ff.
27. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1874 ff.
28. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal. 1881 ff.
29. Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins. 1872 ff.
30. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs; Leipzig seit 1880. Mit E. citiert.
31. Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft; München und Leipzig seit 1879. Mit R citiert.

Einleitung.

§ 1.

Der Grundsatz, daß eine Strafthat, über welche rechtskräftig entschieden ist, gegen dieselbe Person nicht zum Gegenstand einer neuen Anklage gemacht werden kann, bietet trotz seiner scheinbaren Einfachheit und Selbstverständlichkeit in seiner praktischen Anwendung die mannigfachsten Schwierigkeiten. Dies zeigt ein Blick auf die Judikatur des Reichsgerichts,[1] dessen Präjudiziensammlungen fast Band für Band Entscheidungen über ne bis in idem enthalten, und zwar Entscheidungen, die besonders häufig eine von dem vorinstanzlichen Urteil abweichende Auffassung vertreten.

Die Schwierigkeiten betreffen teils die Frage, welche (richterliche und nichtrichterliche) Entscheidungen hinsichtlich des Verbrauchs der Strafklage dem richterlichen Urteil gleichzustellen seien, teils den weiteren Punkt, wenn anzunehmen sei, daß eine Anklage dieselbe That zum Gegenstand habe, wie eine durch rechtskräftiges Urteil[2])

---

[1]) Eine kurze übersichtliche Zusammenstellung der vom Reichsgericht aufgestellten Sätze giebt Zitzlaff in Goltdammers Archiv Bd. 42 (1894) S. 208 ff. Die ältere Rechtsprechung über ne bis in idem erörtert eingehend Eichhorn im Gerichtssaal Bd. 38 (1886) S. 401 ff.

[2]) Bei der Erörterung der Frage der Identität der That wird der Betrachtung stets der Normalfall zu Grunde gelegt, daß die frühere Anklage durch Urteil erledigt wurde; die Frage ist aber natürlich nicht anders zu entscheiden, wenn die Anklage durch eine andere Entscheidung oder in einer außerordentlichen Verfahrensart erledigt wurde.

erledigte Anklage, d. h. unter welchen Voraussetzungen zwischen beiden Identität der That vorliege.[1])

Für die Entscheidung der Identitätsfrage stellt das Reichsgericht[2]) eine durchgreifende Regel auf: Der Grundsatz ne bis in idem reicht so weit, als bei der früheren Aburteilung die Befugnis des Gerichts reichte, seine Entscheidung auf andere als die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Thatsachen zu erstrecken. Dieselbe Regel, wenn auch in einer etwas anderen Formulierung, wird von dem angesehensten der Schriftsteller, die sich eingehender mit dem Grundsatz ne bis in idem beschäftigt haben, von Glaser[3]) aufgestellt und sie hat in Theorie[4]) und Praxis fast allgemeine Anerkennung gefunden. Daß die Regel auf dem Boden des Gesetzes steht, ergiebt sich namentlich auch aus dessen Motiven.[5]) Dieselben zeigen, daß das Gesetz dem Gericht deshalb die Befugnis erteilte, auch im Eröffnungsbeschluß nicht angeführte Umstände der That bei der Entscheidung zu berücksichtigen, um in den Fällen, wo die Hauptverhandlung „neue Gesichtspunkte oder neue Thatumstände" ergiebt, eine dem Recht entsprechende Entscheidung zu sichern und den andern Weg, zu einer solchen zu gelangen, zu vermeiden, nämlich den, wegen des Neuhervortretens solcher Umstände neue Anklage zu erheben, also eine und dieselbe That, „einen und denselben Vorgang wiederholt zum

---

[1]) Die Frage der Identität der Person macht keine Schwierigkeiten; früher bestanden allerdings Zweifel für den Fall, wo jemand unter falschem Namen verurteilt worden war, vgl. Goltdammers Archiv Bd. 3 (1855) S. 388.

[2]) In zahlreichen Entscheidungen: vgl. z. B. III. Sen. 16. Okt. 1880 (E. 2 S. 347), III. 12. Juli 1882 (E. 7 S. 32), II. 10. Nov. 1882 (E. 7 S. 229), II. 24. Nov. 1893 (E. 24 S. 419).

[3]) Handbuch II S. 65 und gleichlautend in seiner Abhandlung über Verbrauch der Strafklage, Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 (1885) S. 310: „Ein Urteil verstößt gegen die Regel non bis in idem, wenn es so beschaffen ist, daß es schon auf Grund einer früheren Strafklage hätte ergehen können."

[4]) Von den Kommentaren zur St.P.O. vgl. Löwe Note 30a zu Abschn. 1 des II. Buchs, Stenglein Note 8e zu § 151, von den Lehrbüchern vgl. Ullmann S. 269 zu Note 7, auch v. Kries S. 599 verhält sich nicht grundsätzlich ablehnend; das Nähere über die v. Kriessche Ansicht s. unten.

[5]) Motive zur St.P.O. S. 154, Hahn, Materialien S. 207.

Gegenstand der Aburteilung gegen dieselbe Person zu machen.“ Das Gesetz will dem Gericht in der Befugnis, die in der Anklage bezeichnete That in einer vom Eröffnungsbeschluß abweichenden Gestalt zur Aburteilung zu bringen (St.P.O. § 263), keine grundsätzlichen Beschränkungen (St.P.O. § 264) auferlegen, sofern nur die Identität der That im Verhältnis von Anklage und Urteil gewahrt bleibt.[1]) Andererseits will das Gesetz aber auch ausschließen, daß jemand wegen einer That verfolgt werde, die nichts ist als eine andere Seite, eine andere Darstellung der gegen dieselbe Person bereits zur Aburteilung gebrachten That, wornach also die Berücksichtigung des neuen Anklagestoffs schon bei der früheren Entscheidung möglich gewesen wäre. Der Begriff der Identität[2]) ist im Verhältnis von Anklage und Urteil eben kein anderer als im Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage.[3])

---

[1]) G. Pfizer im Gerichtssaal Bd. 40 (1888) S. 343 ist meines Wissens der einzige Schriftsteller, welcher das Erfordernis der Identität der That im Verhältnis von Anklage und Urteil aufgiebt und es nicht für die gebotene, sondern „eine vielleicht formalistische, aber doch ganz zuläßige Auslegung des § 263 hält, daß eine Änderung der Klage nur dann statthaft sei, wenn Gegenstand der geänderten Klage immer noch dieselbe That sei, welche Gegenstand der ursprünglichen Klage gewesen sei.

[2]) Das Nähere über diesen Begriff s. unten.

[3]) Dies erkennt auch v. Kries, Lehrb. S. 599 an; er hält aber unsere Regel deshalb „nicht für unbedenklich, weil der Aburteilung thatsächliche oder rechtliche Schranken entgegenstehen können, welche für den Umfang der Rechtskraft ohne Bedeutung seien.“ Im Fall der Idealkonkurrenz mehrerer Delikte (z. B. ruhestörender Lärm und Hausfriedensbruch) kann es nämlich vorkommen, daß das eine oder mehrere dieser Delikte bei der Aburteilung außer Betracht bleiben müssen, weil der zu ihrer Bestrafung erforderliche Antrag nicht gestellt oder weil Verjährung eingetreten ist. Es ist aber zunächst zu bemerken, daß es sehr bestritten ist, ob einer nach Wegfall des Hindernisses wegen des betreffenden Delikts erhobenen Anklage der Grundsatz ne bis in idem entgegensteht; vgl. Löwe Note 30 b zu Abschn. 1 des 2. Buchs der St.P.O. und die dort Citierten. Allein auch wenn diese Frage im bejahenden Sinn zu entscheiden ist, so kann diese Ausnahme von der Regel deren Richtigkeit nicht in Frage stellen. Exceptio firmat regulam. Hievon scheint auch Glaser auszugehen: Die von ihm

Jene durchgreifende Regel wird nun aber für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet[1]) des fortgesetzten und Kollektivdelikts von der einen Seite[2]) stillschweigend bei Seite geschoben, von anderer Seite[3]) ausdrücklich als unanwendbar bezeichnet.

Obgleich meist die Schwierigkeiten betont werden, welche die Anwendung des ne bis in idem auf jenem speziellen Gebiete bereitet, so wird die Frage, ob und inwieweit das fortgesetzte und Kollektivdelikt eine von den allgemeinen Grundsätzen über Verbrauch der Strafklage abweichende Behandlung erfordert, doch überall, wo sie in der Theorie aufgeworfen wird, mit einigen kurzen Worten abgefertigt.[4]) Am eingehendsten hat sich mit der Frage das Reichsgericht beschäftigt. Allein seine meist sorgfältigen und wertvollen Ausführungen betreffen doch immer nur einzelne Anwendungsfälle, und wenn man die Resultate der Einzeluntersuchungen miteinander vergleicht, so läßt sich der Mangel einer einheitlichen Behandlung der Frage nicht verkennen. Eine eingehende theoretische Untersuchung dieser Spezialfrage aus dem Kapitel der Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem dürfte hiemit hinreichend gerechtfertigt sein.

---

aufgestellte, mit der unsrigen übereinstimmende Regel hindert ihn nicht, jene Frage in demselben Sinn wie v. Kries zu entscheiden; vgl. Hdb. II. S. 73, Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 (1885) S. 332.

[1]) Dieser der Überschrift der Reichsgerichtsentscheidung III. 10. Dez. 1883 (E. 9 S. 344) entnommene Ausdruck wurde gewählt, da er nicht bloß den Fall umfaßt, wo bereits das die Strafklage verbrauchende Urteil ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt festgestellt hatte, sondern auch den, wenn dasselbe eine oder mehrere Einzeldelikte angenommen hatte und erst die Ermittlung weiterer vor der Aburteilung begangener Einzelfälle das Vorhandensein eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts nahelegt.

[2]) Stenglein, Kommentar Note 8 f zu § 151, auch vom Reichsgericht in einem Teil der nachher anzuführenden Entscheidungen.

[3]) v. Kries, Lehrb. S. 599.

[4]) Selbst bei Glaser; s. Hdb. II. S. 65 u. 66 in und zu Note 4, Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 (1885) S. 313.

Die besonderen Schwierigkeiten der Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts beruhen, wie sich im Verlauf der Untersuchung noch des näheren zeigen wird, auf der eigenartigen Bildung des Thatbestands der genannten Delikte. Sowohl beim fortgesetzten als beim gewerbs-, geschäfts- und gewohnheitsmäßigen (Kollektiv-) Delikt werden mehrere demselben Deliktsbegriff[1]) entsprechende Handlungen auf Grund einer einheitlichen Beschaffenheit des Willens des Thäters als ein einziges Delikt, sonach auch als eine einheitliche Handlung[2]) im rechtlichen Sinn, als eine einheitliche That behandelt. Die einzelnen Akte der einheitlichen That bilden, obgleich jeder selbständig den Thatbestand des in Frage stehenden Delikts erfüllen muß, keine selbständigen Delikte (St.G.B. § 74), sondern erscheinen nur als Thatbestandsmerkmale des Gesamtdelikts.

Allein auch abgesehen von der Frage der Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem bereiten das fortgesetzte und Kollektivdelikt erhebliche Schwierigkeiten[3]), und so gelangen einige Schriftsteller[4]) zur Verwerfung dieser Begriffe. Die mehreren Akte eines solchen

---

[1]) Nicht auch demselben Paragraphen des St.G.B.; s. hinsichtlich des fortgesetzten Delikts Binding, Hdb. I. S. 546, IV.; gl. Ans. wohl auch H. Meyer, Lehrb. S. 428 zu Note 9 vgl. mit S. 429 zu Note 15; was das Kollektivdelikt betrifft, so können z. B. die mehreren Akte eines gewerbsmäßigen Jagdvergehens (St.G.B. § 294) teils den Thatbestand des § 292, teils denjenigen des § 293 erfüllen u. s. w. Dagegen werden die in § 181 Ziff. 1 u. 2 des St.G.B. mit Strafe bedrohten Fälle der Kuppelei, wenn sie gewohnheitsmäßig betrieben werden, nicht als gewohnheitsmäßige Kuppelei i. S. des § 180 des St.G.B. bestraft.

[2]) Denn es können zwar mehrere Delikte eine Handlung (St.G.B. § 73), — vgl. gegen diejenigen Schriftsteller, welche im Fall der Idealkonkurrenz die Einheit der Handlung leugnen, H. Meyer, Hdb. S. 435 — nicht aber ein Delikt mehrere Handlungen bilden.

[3]) Das fortgesetzte Delikt namentlich dadurch, daß es im Gesetz keine ausdrückliche Anerkennung gefunden hat.

[4]) Bezüglich des fortgesetzten Delikts siehe die Zusammenstellung der Gegner bei Binding, Hdb. I S. 541 Note 3; bezüglich des Kollektivdelikts vgl. namentlich v. Lilienthal, z. L. v. Kollektivdelikte S. 63, ferner Schütze, Lehrb. S. 462, N. 17 und in der Ztschr. für St.R.W. Bd. 3 (1883) S. 57 ff.

deliktischen Treibens sollen ebensoviele Handlungen (St.G.B. § 74), jede Handlung ein besonderes Delikt bilden. Damit ist allerdings jeder Grund, der eine besondere Behandlung dieser Fälle bei der Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem rechtfertigen könnte, beseitigt.

Zu einer eingehenden Widerlegung jener Schriftsteller ist hier nicht der Ort. Es soll nur bemerkt werden, daß die Anerkennung des fortgesetzten Delikts einem zwingenden Bedürfnis der Praxis entspricht und daß die Zusammensetzung der mehreren Akte eines gewerbs-, geschäfts- oder gewohnheitsmäßigen deliktischen Treibens zu einem einheitlichen Kollektivdelikt nach den Bestimmungen des positiven Rechts unbedingt geboten ist.[1]) Die herrschende Lehre erkennt denn auch die beiden Begriffe unumwunden an.

Unter denen, welche das fortgesetzte Delikt im Prinzip anerkennen, bestehen bezüglich der begrifflich notwendigen Merkmale desselben die mannigfachsten Meinungsverschiedenheiten, auf welche einzugehen nicht Aufgabe der gegenwärtigen Abhandlung sein kann. Wir bekennen uns zu der vom Reichsgericht[2]) vertretenen, in der Praxis herrschenden Ansicht, nach welcher neben Einheit des verletzten Rechtsguts, Gleichartigkeit und äußerem Zusammenhang der Ausführungshandlungen Einheitlichkeit des Vorsatzes erfordert wird.

Geschichtliches ist zu der den Gegenstand unserer Untersuchung bildenden Spezialfrage nur weniges zu bemerken.

Im römischen Strafprozeß war zwar der Grundsatz ne bis in idem in unbestrittener Geltung (l. 3 § 13 D. de hom. lib. exh. 43,29; l. 6 § 4 D. nautae caup.).[3]) Allein von einem fortgesetz-

---

[1]) Vgl. namentlich Binding, Hdb. I S. 551 Note 13. Völlig unrichtig ist es, wenn von manchen Schriftstellern ein Unterschied zwischen den Delikten gemacht wird, bei welchen die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerender Umstand erscheint und denjenigen, bei welchen das Vorhandensein jener Eigenschaften erst die Strafbarkeit begründet, und nur die letzteren als Kollektivdelikte anerkannt werden.

[2]) Vgl. neuerdings die Entscheidung IV. 12. Februar 1895 (E. 27. S. 20).

[3]) Über die durch die eigentümliche Gestaltung des römischen Anklage-

ten [1]) oder einem Kollektivdelikt [2]) findet sich im römischen Recht noch keine Spur. [3])

In der gemeinrechtlichen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts [4]) taucht dann der Begriff des fortgesetzten Delikts [5]) auf. [6]) Allein zu der Zeit, wo die Lehre vom fortgesetzten Delikt bestimmtere Gestalt gewann, stand der Grundsatz ne bis in idem entfernt nicht mehr in voller Geltung; was das den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß beherrschende Prinzip der materiellen Wahrheit von demselben noch übrig gelassen hatte, war ganz unsicher. Die Lehre von der Rechtskraft der Strafurteile stand nicht einmal in ihren Grundprinzipien fest. [7]) Beim Kampf um diese blieb die Theorie

---

prozesses bedingten Ausnahmen vgl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 28, Berner in Goltd. Arch. Bd. 3 (1855) S. 480, 481, Zachariä, Handb. Bd. 2 S. 657, 658.

[1]) Anderer Meinung die frühere gemeinrechtliche Theorie auf Grund der l. 67 § 2 D de furt 47,2; vgl. die Widerlegung bei Savigny, de conc. del. S. 9.

[2]) Eine Andeutung des Begriffs der gewerbsmäßigen Verübung findet sich allerdings in Beziehung auf die latrones und grassatores l. 28 § 10, 15 D. de poenis 48,19; vgl. auch Seeger, Vorlesung über Geschichte des römischen Strafrechts und Strafprozesses § 31 i. f., allein die gewerbsmäßige Begehung wird nur als erschwerender Umstand behandelt; sie nimmt den einzelnen Verübungen nicht den Charakter selbständiger Delikte.

[3]) Es galt der Satz: nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur, l. 2 pr. D. de priv. del. 47,1.

[4]) Vgl. Glarus qu. 84, Farinacius qu. 22.

[5]) Der Begriff des Kollektivdelikts ist der gemeinrechtlichen Jurisprudenz noch vollkommen fremd. Der in den Gesetzbüchern des 18. Jahrhunderts vereinzelt auftretende Begriff der Gewerbsmäßigkeit und der Gewohnheitsmäßigkeit der Verübung (Codex jur. Bavar. crim. 1751 Tl. I c. 1 § 35, Const. crim. Theresiana [1769] a 12 § 5) erscheint dort ebenfalls nur als erschwerender Umstand.

[6]) Der Begriff des fortgesetzten Delikts wurde ursprünglich viel zu weit gefaßt; vgl. das Nähere über die Geschichte der Lehre vom fortgesetzten Delikt bei v. Woringen, über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens, Freiburger Festschrift S. 3—30, Merkel z. L. vom fortgesetzten Verbrechen S. 5—12.

[7]) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 269—282, Zachariä, Hdb. II. S. 662—665, Berner in Goltd. Arch. Bd. 3 (1855) S. 483—485.

stehen, Spezialfragen wurden daher nicht einmal aufgeworfen. So findet sich denn auch über die Frage, inwieweit auf dem Gebiet des fortgesetzten Delikts nach geschlossenem Verfahren Erneuerung der Untersuchung stattfinde, in der gemeinrechtlichen Litteratur, soviel ich sehen kann, nirgends eine Andeutung. Es wird übrigens einem Zweifel kaum unterliegen können, daß das Prinzip der materiellen Wahrheit die Wiederaufnahme der Untersuchung schon wegen eines einzigen vorher unermittelt gebliebenen Aktes stets und ohne Rücksicht auf den Inhalt des Urteils [1]) gestattete.

Erst in der Mitte unseres Jahrhunderts, als infolge der Einführung des Anklageprozesses auch der Grundsatz ne bis in idem in einigen Partikulargesetzgebungen [2]) wieder zur Geltung gelangte, kam die Frage der Anwendung dieses Grundsatzes in Beziehung auf fortgesetzte und Kollektivdelikte zur Erörterung, und zwar zunächst in Bayern und Preußen. Dort ist es eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu München vom 22. September 1854, hier eine Abhandlung von Professor Berner in Berlin im Jahrgang 1855 des Goltdammerschen Archivs, die sich zuerst mit der Frage beschäftigen. In eine Erörterung der hier vertretenen Ansichten kann jedoch, ohne unserer Untersuchung vorzugreifen, an dieser Stelle der Abhandlung nicht eingetreten werden, da die Rechtsgrundsätze, nach denen die Frage damals zu entscheiden war, keine anderen sind, als die heute maßgebenden. Den Kernpunkt des Problems bildet heute wie damals die Frage der Identität der That.

[1]) Verurteilung, Freisprechung von der Instanz, Freisprechung wegen ungenügenden Beweises der Schuld, Freisprechung wegen geführten Beweises der Unschuld, Planck a. a. O.

[2]) Eine Darstellung des nach Einführung des Anklageprozesses hinsichtlich der Geltung des Grundsatzes ne bis in idem in Deutschland geltenden Rechtszustandes ist bis jetzt noch nicht versucht worden. Schon Berner a. a. O. S. 487 hatte eine solche Darstellung als ein ebenso zeitraubendes und mühsames, als wenig ersprießliches Werk bezeichnet.

Erster Abschnitt.

Die Identität der That auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts.

§ 2.

1. Im allgemeinen; Identität im engeren Sinn und Einheit der That.

Die Frage der Identität der That teilt sich — und das ist bis jetzt noch nicht mit der genügenden Schärfe hervorgehoben worden — in zwei Unterfragen, nämlich in die Frage der Identität im engeren Sinne und in die Frage der Einheit der That. Bei der ersteren Frage handelt es sich um die Individualisierung der That, bei der andern um die Abgrenzung der einen That von einer zweiten That. Der Grundsatz, daß im Verhältnis von Anklage und Urteil Identität der That bestehen müsse, gestattet einerseits, daß das Urteil die That anders darstellt, als die Anklage,[1]) sofern es nur noch derselbe individuelle[2]) Vorfall ist, den die Anklage im Auge hatte (Identität im engern Sinne), andererseits, daß das

[1]) Der Ausdruck „Anklage" in St.P.O." § 263 Abs. 1 ist nicht, wie meistens angenommen wird, inkorrekt. Die dort gegebene Vorschrift ist eine allgemeine, auch die besonderen Verfahrensarten, bei denen kein Eröffnungsbeschluß erforderlich ist, umfassende, s. Kries, Lehrb. S. 565—567; zustimmend Ullmann, Lehrb. S. 490 Anm. 3. Dagegen ist die Vorschrift in Abs. 2 des § 263 eine spezielle, nur das ordentliche Verfahren betreffende. (Die entsprechenden Vorschriften für die besonderen Verfahrensarten enthalten die §§ 451 Abs. 3, 457 Abs. 3.) Hier ist der Ausdruck: „Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens" also ganz am Platze.

[2]) Der Ausdruck „individueller Vorfall", „individuelle That", dem man in dieser Abhandlung noch mehrfach begegnen wird, ist vielleicht sprachlich nicht vollständig korrekt. Da er aber sehr bequem ist und das, was er sagen will, in nicht mißzuverstehender Weise ausdrückt, glaubten wir ihn nach dem Vorgang von Kries, Lehrb. S. 600 gebrauchen zu dürfen.

Urteil sich auch noch auf weitere, als die in der Anklage bezeichneten Handlungen[1]) und Vorfälle erstreckt, sofern diese weiteren Handlungen und Vorfälle im Verhältnis zu den in der Anklage bezeichneten eine einheitliche That darstellen (Einheit der That). Im Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage verbietet der Grundsatz ne bis in idem einerseits, daß auf Grund einer andern Darstellung desjenigen Vorfalls, welchen die frühere Anklage und das frühere Urteil im Auge hatte (Identität im engeren Sinne), neue Anklage erhoben werde, andererseits, daß dies geschehe auf Grund einer Handlung,[2]) welche mit der abgeurteilten Handlung eine einheitliche That bildet (Einheit der That).

Die Frage der Identität im engeren Sinne spielt bei der Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdeliktes keine Rolle. Der Grund hiefür ist nicht der, daß die Entscheidung dieser Frage immer nur mit Bezug auf einen einzelnen Vorfall Schwierigkeiten bereiten kann,[3]) während es sich beim fortgesetzten und Kollektivdelikt grundsätzlich um eine Mehrheit von Vorfällen handelt. Denn es ist ja ganz wohl denkbar, daß auch in Bezug auf ein zur Aburteilung gekommenes fortgesetztes oder Kollektivdelikt zweifelhaft wird, ob eine oder mehrere neuerdings unter Anklage gestellte Handlungen dieselben Vorfälle betreffen, wie gewisse Einzelfälle des abgeurteilten Gesamtdelikts. Allein die Entscheidung der Frage der Identität im engern Sinne bietet in dieser Richtung keinerlei eigentümliche Schwierigkeiten; sie erfolgt hier nach denselben Grundsätzen, wie in Beziehung auf Einzeldelikte.

---

[1]) Handlung wird hier und in der ganzen zunächst folgenden Ausführung im natürlichen Sinn genommen.

[2]) Sei es, daß diese Handlung bei demselben oder bei anderem Vorfall begangen wurde.

[3]) Handelt es sich um eine mehrere Vorfälle umfassende That, so bietet diese eine solche Fülle von Individualisierungsmerkmalen dar, daß die Entscheidung der Frage der Identität im engeren Sinne in Beziehung auf sie niemals zweifelhaft sein wird.

Die eigentümliche Frage, welche für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts entsteht, ist die, ob Handlungen, deren Nicht-Identität (im engeren Sinne) mit den vom früheren Richter abgeurteilten feststeht, gleichwohl dann der Verfolgung entzogen sind, wenn sie mit einer bereits abgeurteilten Handlung derselben Person im Verhältnis einer einheitlichen That stehen.

Unter welchen Voraussetzungen bilden aber mehrere Handlungen eine einzige That? Bildet ein fortgesetztes und ein Kollektivdelikt immer nur eine That oder sind diese Delikte in mehrere Thaten zu zerlegen? Wie weit reicht der Begriff einer That?

Die Strafprozeßordnung giebt auf diese Fragen keine Auskunft. Die einzige Stelle, in welcher sie von der Möglichkeit des Vorhandenseins mehrerer Thaten spricht, ist der § 265.[1]) Allein nirgends wird angedeutet, unter welchen Voraussetzungen eine weitere dem Angeklagten zur Last gelegte Handlung als „eine andere That" erscheint, „als wegen welcher das Hauptverfahren wider ihn eröffnet worden" war. Man wird also keine andere Wahl haben, als jene Fragen auf Grund des materiellen Rechts zu entscheiden.

Man könnte zunächst daran denken, anzunehmen, daß eine That insoweit vorhanden sei, als ein einheitliches Delikt vorliege. Dies würde aber für den Fall der Idealkonkurrenz mehrerer Delikte zu ganz unannehmbaren Konsequenzen führen. Unmöglich könnte hier, wo den mehreren Delikten dieselben Thatsachen zu Grunde liegen, eine Mehrheit von Thaten angenommen werden. Es bleibt also nur noch eine Möglichkeit, nämlich die Einheit der That mit der Einheit der Handlung im Sinne des materiellen Strafrechts,[2])

---

[1]) Sonst ist in der Strafprozeßordnung immer nur von „der" That die Rede: §§ 112, 177, 198, 153, 263. Über den Begriff „der" That s. unten.

[2]) Eine Handlung im Sinne des Strafgesetzbuches kann mehrere „strafbare Handlungen" enthalten, vgl. den § 73 des St.G.B. mit der Überschrift des 5. Abschnitts des Gesetzbuches. Mit Unrecht gehen manche Schriftsteller, insbesondere Binding, Hdb. I S. 566, davon aus, daß mehrere Delikte stets auch eine Mehrheit von Handlungen im rechtlichen Sinn bilden; s. hiegegen Meyer, Lehrb. S. 435.

insbesondere im Sinn der §§ 73, 74 des St.G.B. zu identifizieren.[1] [2]) Die Richtigkeit des gewonnenen Resultats ist um so zweifelloser, als dem Gesetzgeber doch nicht zugetraut werden kann, daß er in der Strafprozeßordnung unter dem Ausdruck That eine andere Einheit habe setzen wollen, als in dem älteren Strafgesetzbuch unter dem sprachlich synonymen Ausdruck Handlung.

Da die mehreren Akte eines fortgesetzten und eines Kollektivdeliktes immer nur eine einzige Handlung im rechtlichen Sinn bilden,[3]) so bilden sie stets auch eine einheitliche That in dem hier vorausgesetzten Sinn.

Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung, insbesondere der Urteilsfindung ist die in der Klage bezw. Anklage bezeichnete That. St.P.O. §§ 153, 263. Ob diese That eine oder mehrere Handlungen, Thaten im materiell-rechtlichen Sinn bildet, ist eine Frage, die erst im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung der That entschieden werden kann und sonach einen Bestandteil der juristischen Qualifikation der That bildet. Hieraus folgt weiter, daß dieselbe That je nach der thatsächlichen und rechtlichen Beurteilung derselben in den verschiedenen Stadien des Verfahrens bald als eine That aufgefaßt, bald in mehrere rechtlich selbständige Thaten zerlegt werden kann.[4])

„Die That“ im rein prozessualischen, insbesondere in den §§ 153, 263 der St.P.O. vorausgesetzten Sinn bedeutet also nicht einen nach den Grundsätzen des materiellen Strafrechts abgegrenzten Teil des Thun und Treibens eines Menschen. Denn so wenig als nach französischem Recht ist nach dem Recht der Reichsstrafprozeßordnung ein fait qualifié Gegenstand des Strafprozesses; immer

---

[1]) Gleicher Ansicht John in Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. S. 1020.

[2]) Da übrigens Deliktseinheit stets auch Handlungseinheit ist (vgl. oben S. 5 Anm. 2), so wird auch in dieser Abhandlung, soweit Mißverständnis ausgeschlossen ist, in Übereinstimmung mit dem herrschenden Sprachgebrauch der geläufigere Ausdruck Deliktseinheit gebraucht werden.

[3]) S. oben S. 5.

[4]) S. unten § 3.

sind es nur die nackten Thatsachen, welche der richterlichen Beurteilung unterliegen.[1]) Die Klage bezeichnet ein konkretes Thun eines Menschen, und Zweck der Untersuchung ist es, dieses in seinem ganzen strafrechtlich erheblichen Umfang[2]) zu ermitteln und zur Aburteilung zu bringen. Gegenstand der Urteilsfindung bildet die Thätigkeit des Angeklagten in der Gestalt und in dem Umfang, in welchem sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt (St.P.O. § 263): nur über die ihm bekannten, ihm thatsächlich vorliegenden Einzelhandlungen giebt der Richter sein Urteil ab. Der Grundsatz ne bis in idem legt aber dem richterlichen Urteil[3]) eine über seinen Gegenstand hinausreichende Wirkung bei. Er spricht aus, daß die individuelle, den Gegenstand der Urteilsfindung bildende Thätigkeit nicht bloß in dem Umfang, in welchem sie vom Richter erkannt worden ist sondern in ihrem ganzen rechtlichen Umfang durch das rechtskräftige Urteil definitiv erledigt ist, daß also ein in dem früheren Verfahren nicht ermittelter Teil jener Thätigkeit nicht zum Gegenstand einer neuen Anklage gegen dieselbe Person gemacht werden darf.[4])

§ 3.

2. Im Verhältnis von Anklage und Urteil.

Bei der Anwendung der im vorigen Paragraphen über die Indentität der That aufgestellten Grundsätze auf das Verhältnis von Anklage

---

[1]) S. auch Glaser, Hdb. II S. 70 Ziff. 2.

[2]) In diesem ganzen Umfang wird die That in judicium deduziert; s. den nächsten Paragraphen.

[3]) Wie schon in der Einleitung (S. 1) angedeutet wurde, werden gewisse andere richterliche Entscheidungen dem richterlichen Urteil hinsichtlich des Verbrauchs der Strafklage gleichgestellt; s. im allgemeinen insbesondere Löwe, Note 29 zum 1. Abschnitt des 2. Buchs der Strafprozeßordnung, im besonderen für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts unten im 2. Abschnitt dieser Abhandlung.

[4]) Diese Auffassung entspricht nicht der herrschenden Meinung; siehe das Nähere im folgenden.

und Urteil wird zweckmäßig der Fall, wo bereits die Anklage auf ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt gerichtet war, von demjenigen geschieden, wo die Anklage ein oder mehrere selbständige Delikte angenommen hatte und erst das Ergebnis der Hauptverhandlung die Annahme eines Gesamtdelikts nahelegt.

1. Qualifiziert die Anklage die ihren Gegenstand bildende Thätigkeit als ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt, so kann der erkennende Richter auch Einzelfälle, welche im Eröffnungsbeschluß nicht genannt sind,[1] dann zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung machen, wenn er feststellt,[2] daß sie in den Kreis der von ihm angenommenen[3] Deliktseinheit fallen, also derselben Erwerbsabsicht, derselben Gewohnheit oder demselben auf successive Verübung der That gerichteten Vorsatz entspringen.[4][5]

a) Mit Beziehung auf das Kollektivdelikt hat das Reichsgericht (III. Senat) in einer Entscheidung vom 12. Juli 1882[6][7] Sätze aufgestellt, die der Anführung und Erörterung bedürfen, da

---

[1]) Selbst diejenigen, welche erst nach Erlassung des Eröffnungsbeschlusses, z. B. erst einen Tag vor der Hauptverhandlung begangen wurden; vgl. auch Glaser im Gerichtssaal Bd. 36 (1884) S. 124 Ziff. 4 und R.G. II. 4. Dez. 1894 (E. 26 S. 299).

[2]) Ein Hindernis für eine solche Feststellung bildet auch der Umstand nicht, daß die fragliche Einzelhandlung außerhalb der im Eröffnungsbeschluß bezeichneten zeitlichen und räumlichen Grenzen der That liegt.

[3]) Nur das wirkliche Vorhandensein einer Deliktseinheit — und über dieses entscheidet der erkennende Richter — begründet die Möglichkeit, die Aburteilung auch auf weitere, als die im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Einzelfälle zu erstrecken.

[4]) Stenglein, Lehrb. S. 229.

[5]) Die Geschäftsmäßigkeit soll im folgenden nicht mehr ausdrücklich miterwähnt werden, da sie nach Außerkrafttreten des Sozialistengesetzes (das in seinem § 22 den Begriff der Geschäftsmäßigkeit verwendet hatte) bei der Seltenheit des in § 144 des St.G.B. mit Strafe bedrohten Delikts fast jede praktische Bedeutung verloren hat.

[6]) E. 7. S. 34.

[7]) Vgl. auch Löwe Note 3c zu § 263 und die weiteren dort angeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

sie für das Verständnis des Verhältnisses von Anklage und Urteil auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts von großem Wert sind. Es heißt nämlich in der genannten Entscheidung:

„Ist die That ein Kollektivvergehen, zu welchem also als Thatbestandsmerkmal oder als Strafschärfungsgrund die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit gehört, so umfaßt der Eröffnungsbeschluß von selbst sämtliche Handlungen, in welchen die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Thätigkeit des Beschuldigten gefunden werden kann. Das Gericht ist berechtigt und verpflichtet, auch solche in der Anklageschrift und in dem Eröffnungsbeschlusse nicht erwähnte Handlungen, welche den Charakter der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit an sich tragen, zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu machen. Denn die einzelnen Fälle kommen nicht als selbständige Delikte, sondern eben nur als Bestandteile des Kollektivvergehens in Betracht."

Hiegegen wendet sich John in seinem Kommentar zur Strafprozeßordnung Bd. 2 S. 286 f. Er hält die Gleichstellung der Kollektivdelikte, bei denen die Thatsache, daß ein mehrfaches Handeln stattgefunden, als Thatbestandsmerkmal in Betracht kommt, mit denjenigen, bei welchen sie nur als Strafschärfungsgrund erscheine, nicht für gerechtfertigt. Denn im letzteren Fall, z. B. beim unberechtigten Jagen und bei der Hehlerei bleibe jede einzelne Handlung strafbar, auch wenn man zu dem Begriff des Kollektivdelikts nicht gelange. „Mehrere Einzelhandlungen können als fortgesetztes Delikt, können als realkonkurrierende Handlungen, können auch als gewerbsmäßige Hehlerei resp. als gewerbsmäßiges unberechtigtes Jagen aufgefaßt werden." „Wenn daher der III. Strafsenat sage, bei der Anklage wegen unberechtigten Jagens umfasse der Eröffnungsbeschluß von selbst sämtliche Handlungen, in welchen die Gewerbsmäßigkeit des Beschuldigten gefunden werden könne, so könnte dieser Satz nur unter der vollkommen unzutreffenden Voraussetzung als richtig anerkannt werden, daß derjenige, welcher gewerbsmäßig das unberechtigte Jagen ausübe, bei jedem

unberechtigten Jagen auch gewerbsmäßig handeln müsse." Es hänge vielmehr von der thatsächlichen Feststellung des Richters ab, ob ein im Eröffnungsbeschluß nicht genannter Einzelfall als Bestandteil des gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Treibens oder als selbständiges Delikt anzuerkennen sei.

Diese Polemik beruht offenbar auf Mißverständnis der vom Reichsgericht aufgestellten Sätze.

Auch das Reichsgericht geht davon aus, daß es Sache der thatsächlichen Feststellung ist, zu bestimmen, ob in einer Einzelhandlung ein gewerbsmäßiges unberechtigtes Jagen gefunden werden könne.[1]) Allein, indem es ausspricht, daß der Eröffnungsbeschluß von selbst sämtliche Handlungen umfasse, in welchen die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Thätigkeit des Beschuldigten gefunden werden könne, bringt es die richtige Auffassung zum Ausdruck, daß es nicht die thatsächliche Feststellung ist, welche eine neu ermittelte Einzelhandlung zum Bestandteil des Kollektivdelikts und damit zum Gegenstand der Aburteilung macht, sondern das wirkliche Vorhandensein einer gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Verübung,[2]) das der Richter für den Einzelfall zu ermitteln und nachzuweisen hat. Die thatsächliche Feststellung hat nicht konstitutive, sondern deklaratorische Bedeutung. Das Reichsgericht wollte nichts anderes sagen, als daß der Eröffnungsbeschluß die ganze objektive, d. h. vom Standpunkt materieller Wahrheit und der richtigen Rechtsauffassung[3]) vorhandene Deliktseinheit[4]) umfasse und in judicium dedu-

---

[1]) Das Gericht ist berechtigt und verpflichtet, auch solche . . im Eröffnungsbeschluß nicht erwähnte Handlungen, welche den Charakter der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit an sich tragen, zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu machen." R.G. a. a. O. Welche Handlungen den fraglichen Charakter an sich tragen, kann nicht anders als im Wege thatsächlicher Feststellung bestimmt werden.

[2]) Vgl. auch R.G. II. 24. Nov. 1893 (E. 24 S. 420) und oben S. 14 Note 3.

[3]) Die Rechtsauffassung des erkennenden Richters tritt mit dem Anspruch auf, als die richtige anerkannt zu werden.

[4]) So auch Glaser, Hdb. II. S. 40 oben; Gerichtssaal Bd. 36 (1884) S. 109.

ziere,[1]) so daß eine Erstreckung der Verhandlung und Entscheidung auf einen im Eröffnungsbeschluß nicht genannten Einzelfall keine Erweiterung der Anklage, sondern lediglich die pflichtmäßige Berücksichtigung eines bisher nicht zum Vorschein gekommenen Bestandteils der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That ist.

Dadurch, daß alle Einzelhandlungen, in welchen die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Thätigkeit des Beschuldigten gefunden werden kann, in judicium deduziert sind, sind sie aber nicht[2]) auch schon zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung gemacht.[3]) Gegenstand der Anklage und der Aburteilung ist auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts nicht etwa eine alle Einzelfälle umfassende Gesamtthat.[4]) [5]) Die Annahme einer solchen würde schon die Qualifikation der ihr zu Grunde liegenden Einzelfälle als Deliktseinheit voraussetzen und, wie schon oben (S. 12) betont

---

[1]) D. h. der Richter ist mit der That in ihrem ganzen rechtlichen Umfang befaßt.

[2]) Gleicher Ansicht ist wohl auch Glaser, Hdb. II. S. 40, Gerichtssaal Bd. 36 (1884) S. 109, sowie v. Liszt, Lehrb. S. 212.

[3]) Zu diesem Mißverständnis könnten bei oberflächlicher Betrachtung auch die oben angeführten reichsgerichtlichen Sätze Anlaß geben; s. jedoch unten S. 18.

[4]) Gegenstand der Klage und Anklage sind stets nur die konkreten von ihr bezeichneten Einzelfälle. Die auf diese Einzelfälle beschränkte Klage hat aber die rechtliche Wirkung, daß die ganze objektiv vorhandene Deliktseinheit, d. h. alle in den Kreis derselben fallenden Einzelfälle umfaßt und in judicium deduziert werden.

[5]) Die §§ 153, 263 der Str.P.O. sprechen aus, daß die in der Klage bezeichnete That den Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung bilde. Wie unter Voraussetzung der Identität der That im Lauf des Verfahrens die Gestalt der That in Bezug auf die Beschreibung des Hergangs der That eine andere werden kann (Frage der Identität im engeren Sinn), so kann sich auch der Umfang der That erweitern; zu den in der Klage genannten Einzelhandlungen können weitere hinzutreten, welche mit dieser zusammen Eine That bilden und durch die Klage von vornherein umfaßt und in judicium deduziert waren. Auch durch diese Veränderungen wird die in den §§ 153, 263 cit. geforderte Identität der That nicht berührt.

wurde, ist niemals eine qualifizierte That Gegenstand des Strafprozesses, sondern immer nur die reine Thatsächlichkeit.

Zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung wird ein im Eröffnungsbeschluß nicht genannter Einzelfall erst dadurch gemacht, daß er in der Hauptverhandlung thatsächlich zur Sprache kommt und daß sodann wirklich über ihn verhandelt wird. Nur die im Eröffnungsbeschluß genannten und die weiteren zum Gegenstand der Verhandlung gemachten Fälle bilden den Gegenstand der Urteilsfindung.[1]) Von dieser Auffassung ist offenbar auch die besprochene Reichsgerichtsentscheidung beherrscht. Denn sie sagt, das Gericht sei berechtigt und verpflichtet, auch solche im Eröffnungsbeschluß nicht erwähnte Handlungen, welche den Charakter der Gewerbsmäßigkeit u. s. w. an sich tragen, zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu machen, nicht aber spricht sie aus, daß jene vom Eröffnungsbeschluß umfaßten Handlungen durch denselben wirklich zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung gemacht seien.

b) Der Satz, daß der Eröffnungsbeschluß die ganze objektiv vorhandene Deliktseinheit umfasse, gilt aber, wie schon im bisherigen angedeutet wurde, entsprechend auch beim fortgesetzten Delikt. Wenn auch der Eröffnungsbeschluß nur wenige Glieder des fortgesetzten Delikts anführt, so ist doch die ganze Kette von Einzelfällen, die gesamte fortgesetzte Thätigkeit des Beschuldigten in judicium deduziert. Auch hier kommt der thatsächlichen Feststellung des erkennenden Richters, daß eine neu ermittelte Einzelhandlung in den Kreis der Deliktseinheit falle, grundsätzlich nur dekoratorische Bedeutung zu. Es liegt aber auf der Hand, daß bei der Flüssigkeit des Begriffs des fortgesetzten Delikts, — eines Begriffs, der trotz aller Versuche, ihn genauer zu bestimmen und zu begrenzen, dem subjektiven Ermessen des einzelnen Richters stets

---

[1]) Daß gleichwohl alle vom Eröffnungsbeschluß umfaßten Einzelfälle durch das Urteil erledigt sind, ergiebt sich aus dem am Schluß des vorigen Paragraphen Gesagten; s. unten.

einen ziemlich großen Spielraum lassen wird — der Feststellung des erkennenden Richters thatsächlich eine viel weitergehende Bedeutung zukommt, als beim Kollektivdelikt.

Daß den Gegenstand der Urteilsfindung nur die dem Richter bekannten Akte des fortgesetzten Delikts bilden, bedarf nach dem Ausgeführten kaum noch der besonderen Hervorhebung.

2. Wie ist es aber, wenn die Anklage ein oder mehrere selbständige Delikte angenommen hatte und infolge Ermittlung weiterer gleichartiger Deliktsfälle dem erkennenden Richter die Annahme eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts nahegelegt wird? Kann hier zwischen den in der Anklage angenommenen selbständigen Thaten und den neu ermittelten Fällen Deliktseinheit angenommen werden? Kann also im gegenwärtigen Prozeß die Entscheidung auf diese Fälle miterstreckt oder muß über sie in einem neuen Prozeß verhandelt und entschieden werden?

Die Frage wäre wohl im letzteren Sinne zu entscheiden, wenn den Gegenstand der Anklage die eine oder die mehreren von ihr angenommenen Thaten bilden würden. Dies ist aber nicht der Fall.[1]) Gegenstand des Verfahrens ist die in der Anklage bezeichnete konkrete Thätigkeit. Dadurch, daß die Anklage oder der Eröffnungsbeschluß dieses Thun als selbständige Handlung oder als eine Mehrheit von solchen aufgefaßt hatte, ist der erkennende Richter, welcher jenes Thun in seiner umfassenderen Gestalt erkannt hatte, nicht gehindert, es als einheitliche, die neu ermittelten Einzelhandlungen mit umfassende That zu qualifizieren.[2])

---

[1]) Vgl. oben S. 12 f.

[2]) In Beziehung auf das fortgesetzte Delikt kann nach dem Gesagten auch das keinem Zweifel unterliegen, daß der erkennende Richter auf Grund des Ergebnisses der Verhandlung die Einzelakte in anderer Weise gruppieren kann, als es die Anklage gethan hatte. Wenn beispielsweise die Anklage die Einzelfälle a, b, c und d als ein fortgesetztes Delikt, die Fälle e und f dagegen als selbständige Delikte behandelt hatte, so kann der erkennende Richter feststellen, daß a, b, e und f eine einheitliche That bilden, c und d dagegen selbständige Handlungen darstellen.

Also auch dann, wenn der Eröffnungsbeschluß das Vorliegen einer Deliktseinheit gar nicht erkannt hatte, wird die objektiv vorhandene Deliktseinheit in judicium deduziert.[1]) Der erkennende Richter[2]) hat stets, ohne Rücksicht auf die der That durch die Anklageschrift und den Eröffnungsbeschluß gegebene Qualifikation die rechtliche Möglichkeit, seine Entscheidung auf alle bis zur Urteilsfällung begangenen, zu der einheitlichen That gehörigen Einzelfälle zu erstrecken.

Hinsichtlich aller dieser Einzelfälle ist dann aber auch die Strafklage verbraucht, — sofern die allgemeinen Grundsätze über die Anwendung des ne bis in idem auch auf dem Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts Geltung zu beanspruchen haben. Ob dies der Fall ist, wird die folgende Erörterung zeigen.

3. Im Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage.

§ 4.

Feststellung der Identität der That im Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage.

Wenn ein Gericht darüber zu entscheiden hat, ob die strafrechtliche Verfolgung der ihm zur Aburteilung vorliegenden That durch den Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen sei, so hat es zu prüfen, ob die ihm vorliegende That mit der den Gegenstand der früheren Urteilsfindung bildenden That identisch ist. Auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts besteht die Prüfung der Identitätsfrage dem Ausgeführten zufolge näher darin, ob die jetzt unter Anklage gestellte That zusammen mit der früher abgeurteilten

---

[1]) Gleicher Ansicht Glaser, Hdb. II S. 40, Gerichtssaal Bd. 36 (1884) S. 109.

[2]) Auch der Richter II. Instanz, soweit er nova berücksichtigen darf, seine Nachprüfung also nicht auf eine revisio in jure beschränkt ist.

ein einheitliches Gesamtdelikt, also eine einzige That darstellt, welche durch das frühere Urteil, obgleich sie in demselben nicht in ihrem ganzen Umfang erkannt worden war, erledigt ist.

Daß derjenige Richter, welcher durch die Anklage zur Entscheidung über die That berufen ist, auch darüber zu erkennen hat, ob diese That in einem für die Entscheidung erheblichen Verhältnis zu einer bereits abgeurteilten That stehe, ist selbstverständlich.[1]) Er hat dieses Verhältnis grundsätzlich selbständig auf Grund der rechtlichen Qualifikation festzustellen, welche er der ihm vorliegenden That von seinem rechtlichen Standpunkte und nach seiner erweiterten Thatsachenkenntnis verleiht. Soweit nicht besondere rechtliche Hindernisse obwalten, muß es dem Richter ebenso freistehen, festzustellen, daß die ihm vorliegende That die Fortsetzung einer bereits abgeurteilten That oder daß sie zusammen mit einer solchen ein einheitliches gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Treiben bilde (Deliktseinheit), als daß dieselbe im Verhältnis zu einer früheren That ein selbständiges Delikt darstelle (Deliktsmehrheit).

Nun entsteht aber die Frage, ob der spätere Richter[2]) die ihm vorliegende That auch in der Weise qualifizieren kann, daß dadurch zugleich eine solche Qualifikation einer bereits abgeurteilten That bedingt wird, die von dem rechtskräftigen Urteil des damaligen Richters abweicht. Es kann z. B. für den späteren Richter ganz außer allem Zweifel sein, daß die die frühere That bildenden Einzelfälle zusammen mit den neuerdings unter Anklage gestellten ein

---

[1]) Dieser Satz steht mit der erwähnten durchgreifenden Anwendungsregel für den Grundsatz ne bis in idem keineswegs im Widerspruch. Maßgebend ist nach derselben nicht, ob der frühere Richter, wenn ihm die neue That bekannt gewesen wäre, über sie mit entschieden hätte, sondern ob er die rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, auf sie seine Entscheidung auszudehnen. Darüber, ob diese rechtliche Möglichkeit vorhanden gewesen wäre, hat der Richter der neuen That zu entscheiden.

[2]) Die Ausdrücke: früherer — späterer Richter empfehlen sich mehr, als erster — zweiter Richter, da die letzteren Ausdrücke regelmäßig für den Richter I. bezw. II. Instanz gebraucht werden.

fortgesetztes Delikt oder ein einheitliches gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Treiben darstellen. Nun hat aber der frühere Richter, dem eben nur ein kleiner Teil dieser umfassenden Thätigkeit zur Aburteilung vorlag, bezüglich dieses Teils der That festgestellt, daß er ein oder mehrere selbständige Delikte bilde. Inwieweit präjudiziert eine solche Feststellung der freien Prüfung der Identitätsfrage durch den später erkennenden Richter? Ferner: Der frühere Richter hatte gänzlich freigesprochen, also festgestellt, daß die That ein Delikt überhaupt nicht enthalte. Kann nun der spätere Richter zwischen jener straflosen That und einer weiteren That eine Deliktseinheit feststellen, wenn sich aus den weiteren Fällen ergiebt, daß auch die früheren Fälle in Wirklichkeit deliktische Handlungen darstellen?

Wenn jene oberste Grundregel für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auch hier anwendbar ist, so kann kein Zweifel sein, daß der spätere Richter auch hier Identität der That annehmen kann. Denn wenn der frühere Richter die weiteren Einzelhandlungen gekannt hätte, so hätte er unter der Annahme eines fortgesetzten bezw. eines Kollektivdeliktes auch auf sie seine Entscheidung erstreckt. Allein es wird sich fragen, ob und inwieweit der Anwendung jener Regel durch die rechtskräftige Entscheidung des früheren Richters präjudiziert wird. Um diese Frage beantworten zu können, ist eine vorgängige Untersuchung über den Umfang der Rechtskraft des Kriminalurteils erforderlich.

§ 5.

Umfang der Rechtskraft des Kriminalurteils.

Rechtskräftig ist ein Urteil, sobald es durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar ist. — Der Inhalt der Rechtskraft besteht in der bindenden Kraft des Urteils für die Parteien[1]) hin-

---

[1]) Daß die Rechtskraft nicht über die Parteien (Staat, Privatkläger, Nebenkläger einerseits, Angeklagter andererseits) hinausreicht, ist unbestritten. vgl. insbes. Glaser, Hdb. II. S. 66.

sichtlich seines Entscheidungsinhalts[1]) — die Rechtskraft des Strafurteils **bewirkt** positiv seine Vollstreckbarkeit, negativ den Ausschluß wiederholter Verfolgung derselben Person wegen derselben That, das ne bis in idem.[2])

So unzweifelhaft fest die Grundsätze über Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen der Rechtskraft des Kriminalurteils stehen, so bestritten ist die Frage nach dem **Umfang** seiner Rechtskraft.

Während die Zivilprozeßordnung eine ausdrückliche Bestimmung über den Umfang der Rechtskraft des Zivilurteils trifft (§ 293), fehlt eine entsprechende Vorschrift in der Strafprozeßordnung gänzlich. Auch die Theorie des Strafprozesses hat sich noch wenig mit der Frage beschäftigt, und soweit Erörterungen über dieselbe vorliegen, befassen sich dieselben nur mit den Grundfragen des Problems, so daß für die Entscheidung von Einzelfragen noch Zweifel genug übrig bleiben.

Vollkommene Einigkeit herrscht darüber, daß auch im Strafprozeß nur die **Entscheidung** selbst, nicht auch ihre **Gründe** in Rechtskraft übergehen.[3])

Zu den Entscheidungsgründen gehören — und das ist gerade für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem von besonderer Bedeutung[4]) — auch die sogenannten thatsächlichen Feststel-

---

[1]) Diese von Wach in seiner Vorlesung über deutschen Zivilprozeß gegebene Definition paßt ebenso für den Strafprozeß.

[2]) So Bülow in seiner Vorlesung über deutschen Strafprozeß.

[3]) Vgl. namentlich Glaser in v. Holtzendorffs Reichslexikon unter „Rechtskraft", Bd. 3 S. 286.

[4]) Die Entscheidung, daß die Aburteilung einer That durch den Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen sei, beruht meist gerade auf der Erkenntnis, daß die That nur eine andere (richtige) Darstellung oder eine bisher nicht zum Vorschein gekommene Seite einer schon abgeurteilten That sei, daß also der frühere Richter die That nicht in ihrem wahren historischen Verlauf oder in ihrem ganzen rechtlichen Umfange erkannt habe. Diese Erkenntnis bildet den Grund für die gedachte Entscheidung und muß also auch ausgesprochen werden. Dies ist nicht anders möglich, als, indem sich die thatsächlichen Feststellungen des neuen Urteils mit denjenigen des früheren in Widerspruch setzen. Die frühere Entscheidung selbst bleibt unangetastet.

lungen[1]) des Urteils, d. h. die für erwiesen erachteten Thatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden (St.P.O. § 266 Abs. 1).

Also nur die Entscheidung selbst geht in Rechtskraft über. Allein: worüber wird im Strafprozeß entschieden? Was soll durch die Erhebung der Strafklage zur Entscheidung gebracht werden? Über diese Grundfrage des ganzen Strafprozesses gehen die Ansichten sehr auseinander und dementsprechend sind auch die Ansichten über den Umfang der Rechtskraft verschieden.

Nach der einen Ansicht, die hauptsächlich von Schanze in seiner Preisarbeit über die Rechtskraft des Strafurteils[2]) vertreten wird, ist „Zweck der Strafklage Feststellung, und zwar Feststellung eines dem Staate zustehenden Strafanspruchs. Im Zivilprozeß werde eine Entscheidung darüber begehrt, ob und in welcher Höhe ein konkreter, vom Kläger bezeichneter Anspruch mit Rücksicht auf die von den Parteien vorgebrachten und bewiesenen Thatsachen begründet sei; der Strafprozeß dagegen solle darüber Gewißheit bringen, ob, welcher Art und in welcher Höhe dem Staate ein strafrechtlicher Anspruch entstanden sei".[3]) „Das Strafurteil stelle also fest, ob aus der im Eröffnungsbeschluß bezeichneten That ein Recht auf Strafe hervorgehe oder nicht, und ersterenfalls weiter, wie der Strafanspruch nach Art und Höhe beschaffen sei. Insoweit werde das Urteil rechtskräftig. Die andern in ihm enthaltenen Feststellungen über den verbrecherischen Thatbestand oder einzelne Deliktsmerkmale gehen nicht in Rechtskraft über."[4])

Allein diese Ansicht beruht auf einer unzulässigen Analogie mit dem Zivilprozeß. Vor solcher Analogie warnt Glaser, der mit

---

[1]) Daß die thatsächlichen Feststellungen nicht in Rechtskraft übergehen, ist gleichfalls unbestritten. Vgl. auch S. 27 Note 1.

[2]) „In teilweise überarbeiteter Gestalt" wiedergegeben in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 4 (1884) S. 437 ff.

[3]) Schanze a. a. O. S. 446.

[4]) Schanze a. a. O. 468; Gleicher Ansicht wohl auch v. Kries, Lehrbuch S. 598.

Recht darauf hinweist,[1]) daß das Verhältnis zwischen Begehren und Begründung desselben im Civilprozeß ein ganz anderes ist, als im Strafprozeß; „auf das erstere falle im Zivilprozeß, auf das letztere im Strafprozeß das Hauptgewicht.“ „Der Schwerpunkt des Strafprozesses liege in der Frage, welcher konkreten strafbaren Handlung der Angeklagte schuldig gesprochen, nicht in der Strafe, die ihn treffen solle.“[2]) Dem ist durchaus beizutreten. Wenn das Urteil in Beziehung auf die konkrete, durch die Strafklage zum Gegenstand der Aburteilung gemachte That ausspricht, daß sie vom Angeklagten verübt worden sei und daß sie ein bestimmtes Delikt darstelle, so kann doch dieser für das Rechtsleben der Beteiligten so wichtige Ausspruch kein bloßer Entscheidungsgrund für die Bestimmung von Art und Höhe der zu verhängenden Strafe sein. Dieser Ausspruch ist vielmehr ein wesentlicher Teil der Entscheidung selbst und muß daher in Rechtskraft übergehen.

Die Ansicht, daß auch die Entscheidung über die juristische Qualifikation[3]) der That in Rechtskraft übergehe, entspricht allein dem praktischen Bedürfnis und ist deshalb in der Praxis unbedingt herrschend. Kein deutscher Richter wird einem Angeklagten, der auf Vorhalt früherer Bestrafungen bezüglich eines Falls seine Schuld überhaupt, bezüglich eines andern etwa einen erschwerenden Umstand (z. B. Einbruch beim Diebstahl) bestreitet, mit seinem Vorbringen Gehör schenken, oder vollends zum Beweis zulassen. Eine

---

[1]) Gerichtssaal Bd. 36 (1884) S. 98.

[2]) Glaser a. a. O. Derselbe Schriftsteller weist in seinem Handbuch II. S. 6 Note 2 darauf hin, daß die Schuldigerklärung mitunter dasjenige ist, was den Verurteilten am härtesten trifft, härter als jede Strafe. Für den verfolgenden Staat sei aber noch in höherem Grad die Schuldigerklärung die Hauptsache, die Strafe nur als Folge derselben von Bedeutung. Vgl. auch R.G. III. 11. Juni 1881 (E. 4 S. 357).

[3]) Unter diesem Ausdruck, der auch im folgenden häufig wiederkehren wird, verstehen wir nach dem Ausgeführten nur die Qualifikation der That zu einem bestimmten Delikt, nicht auch die Qualifikation der einzelnen Thatsachen aus denen sich die That zusammensetzt, zu Deliktsmerkmalen, vgl. auch S. 27 Note 1.

solche Behauptung, die gar nicht selten ist, wird stets mit dem Hinweis auf die Rechtskraft des das fragliche Delikt feststellenden Urteils zurückgewiesen.[1]) Bei bestimmten Deliktsarten ist den Vorbestrafungen ein bestimmter Einfluß auf Art und Höhe der Bestrafung gesetzlich eingeräumt (Rückfall). Derjenige, welcher schon einmal wegen Raubs, sowie diejenigen, welche schon zweimal wegen Diebstahls, Betrugs oder Hehlerei bestraft[2]) worden sind, sollen, wenn sie abermals eine dieser Handlungen begehen, härter bestraft werden (St.G.B. §§ 249 Ziff. 5, 244, 261, 264). Selbstverständlich soll nur derjenige getroffen werden, der in den abgeurteilten Fällen auch wirklich einen Raub, einen Diebstahl u. s. w. begangen hatte, nicht jeder, wenn er nur wegen Raubs, Diebstahls u. s. w. ein- bezw. zweimal bestraft worden war. Allein, wenn der Rückfällige zweimal wegen Diebstahls rechtskräftig bestraft worden ist, so steht für den erkennenden Richter fest, daß er in den früheren Fällen auch wirklich gestohlen hatte. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Rückfall schließen nach Sinn und Wortlaut eine materielle Prüfung der früheren Fälle aus und setzen damit die Rechtskraft der Entscheidung über die Qualifikation der That voraus.[3])

---

[1]) Will der Angeklagte sich bei diesem Hinweis nicht beruhigen, so wird er über die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens zu belehren sein.

[2]) Die Ungenauigkeit (St.G.B. § 245) wird im Interesse der Kürze gestattet sein.

[3]) Eine gegenteilige Auffassung des Strafgesetzbuchs (mittels eines argumentum e contrario) läßt sich nicht etwa aus dem § 190 desselben entnehmen. Denn mit dieser Bestimmung wird die Rechtskraft des Urteils über die Parteien hinaus auf Dritte ausgedehnt. Die den Gegenstand der Beleidigung bildende strafbare Handlung wird regelmäßig eine solche sein, über welche im Verfahren auf erhobene öffentliche Klage verhandelt und entschieden wird, so daß dem ergehenden Urteil nur im Verhältnis von Staat und Beleidigtem Rechtskraft zukommt. Der als Privatkläger aufgetretene Beleidigte könnte das Urteil an sich also dem Beleidiger nicht entgegensetzen, noch könnte umgekehrt letzterer von demselben zu seiner Verteidigung gegenüber dem Privatkläger Gebrauch machen. — Der Umstand, daß das Strafgesetzbuch die Rechtskraft der Entscheidung über die Qualifikation der That voraussetzt, kann natürlich als Beweis für die gesetzliche Geltung dieses Umfangs der Rechtskraft in der St.P.O.

Es ist aber wohl zu beachten, daß es die Entscheidung über die That ist, welche rechtskräftig wird. Es wird also nicht bloß rechtskräftig festgestellt, daß der Angeklagte das bestimmte Delikt oder die bestimmte Zahl von Delikten begangen habe (z. B. einen Diebstahl, vier Unterschlagungen), sondern daß die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete That das bestimmte Delikt, das fortgesetzte oder Kollektivdelikt oder die mehreren selbständigen Delikte darstelle. In Beziehung auf das freisprechende Urteil kann es vollends nicht zweifelhaft sein, daß dasselbe nicht aussprechen will, daß der Angeklagte überhaupt nichts Strafbares begangen habe, sondern nur, daß die konkrete unter Anklage gestellte That kein Delikt enthalte.

Nun wird aber durch das Urteil nicht nur das rechtskräftig festgestellt, daß die That in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt (St.P.O. § 263), das bestimmte Delikt enthalte oder straflos sei, sondern es steht dies auch für jede andere Gestalt und für einen größeren, weitere Einzelhandlungen in sich begreifenden Umfang fest, in welchem sich die That auf Grund späterer Ermittlungen darstellen sollte.

Indem das positive Recht diese weitergehende Rechtskraft vorschreibt, will es nicht bestimmen, daß die That auch in dieser andern Gestalt stets das im Urteil bezeichnete Delikt wirklich enthalte, bezw. auch in dieser Gestalt wirklich straflos sei, also auch dann, wenn diese andere Gestalt an sich eine andere Qualifikation bezw. eine Verurteilung bedingen würde, — damit würde das Recht mit sich selbst in Widerspruch treten, — und auch das will das Recht mit jener weitergehenden Rechtskraft nicht bestimmen, daß die im Urteil festgestellte Gestalt der That, also die thatsächlichen Feststellungen rechtskräftig feststehen; die Normierung einer solchen Rechtskraft würde, wie wir gesehen haben, viel zu weit gehen.[1])

---

nicht angesehen werden, da letzteres das jüngere Gesetz ist. Immerhin dürfte die Auffassung des Strafgesetzbuches nicht ganz ohne Bedeutung sein.

[1]) Vgl. oben S. 23 f. Es steht zwar rechtskräftig fest, daß die abgeurteilte That sich aus Thatsachen zusammensetzt, welche alle gesetzlichen Merkmale des festgestellten Delikts erfüllen. Es steht aber nicht fest, daß es gerade die im

Jene weitergehende Rechtskraft beruht vielmehr darauf, daß nach dem Grundsatz ne bis in idem auf Grund einer andern Darstellung einer bereits abgeurteilten That bezw. auf Grund einer Handlung, die einen Bestandteil einer bereits abgeurteilten That bildet, keine neue Anklage erhoben werden, keine neue abändernde Verurteilung erfolgen darf, so daß also auch für die andere Gestalt und den weiteren Umfang der That die frühere Qualifikation rechtskräftig bestehen bleibt.

Die Grundsätze über den Umfang der Rechtskraft des Kriminalurteils sind hienach in logischer Entwicklung und in spezieller Anwendung auf das Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts folgende:

1. Der Richter stellt rechtskräftig fest, daß die That in der Gestalt, wie sie ihm zur Beurteilung vorliegt, also die konkreten Einzelhandlungen, welche den Gegenstand der Urteilsfindung bilden,

---

Urteil festgestellten Thatsachen sind, welche den gesetzlichen Deliktsthatbestand erfüllen, daß sich also die That gerade so zugetragen habe, wie der erkennende Richter angenommen hatte. Z. B. der Richter stellt fest, daß der Angeklagte den B. vorsätzlich körperlich mißhandelt und an der Gesundheit beschädigt habe, indem er demselben am 6. Mai 1896 abends 9 Uhr auf der Straße von Tübingen nach Lustnau 3 Schläge mit der flachen Hand auf den Kopf versetzte, so daß B. 2 Tage lang mit Arbeitsunfähigkeit verknüpfte Kopfschmerzen hatte. Auf Grund dieser Feststellung steht zwar rechtskräftig fest, daß die den Gegenstand der Anklage und Urteilsfindung bildende That des Angeklagten das Delikt der vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung enthalte, nicht aber auch, daß sich die That so zugetragen habe, wie in dem Indem-Satz (von: indem er — Kopfschmerzen hatte) beschrieben ist, daß die in Frage stehenden Deliktsmerkmale gerade durch die festgestellten Thatsachen erfüllt seien. Ein späterer Richter, der bei der Aburteilung einer andern That desselben Angeklagten aus irgend einem Grund den Hergang der fraglichen That zu beschreiben hat, kann ohne Widerspruch mit dem rechtskräftigen Urteil feststellen, daß der Angeklagte am 5. Mai 1896 abends 8 Uhr in der Wilhelmsstraße zu *Tübingen* dem B. mit der *Faust* 5 Schläge auf den Kopf versetzt habe, so daß derselbe 3 Tage lang mit Arbeitsunfähigkeit verknüpfte Kopfschmerzen hatte und noch weitere 3 Tage nur beschränkt arbeitsfähig war. Der die *Frage der Identität der That entscheidende Richter* kann aber auch eine solche Gestalt der That feststellen, die sich mit dem rechtskräftig festgestellten Delikt nicht mehr deckt; s. die folgende Ausführung im Text.

das bestimmte einheitliche oder die bestimmten mehreren selbständigen Delikte darstellen (Rechtskraft im engeren Sinn).

2. Wird eine weitere Handlung derselben Person zum Gegenstand der Anklage gemacht, so hat der über dieselbe erkennende Richter darüber zu befinden, ob dieselbe zu der früher abgeurteilten That im Verhältnis der Deliktseinheit oder der Deliktsmehrheit steht.

3. Da über eine That nur einmal abgeurteilt werden darf (ne bis in idem), so ist die rechtskräftige Feststellung des Thatrichters (Ziff. 1) über die Qualifikation bezw. Straflosigkeit der That nicht nur für diejenigen Einzelhandlungen rechtskräftig, welche den Gegenstand der Urteilsfindung gebildet haben, sondern auch für diejenigen weiteren, welche zusammen mit den letzteren eine einheitliche That bilden, insbesondere im Verhältnis der Deliktseinheit zu denselben stehen.

Auf Grund dieser Sätze ist nun die im vorigen Paragraphen aufgeworfene Frage zu beantworten, inwieweit das rechtskräftige Urteil des früheren Richters der grundsätzlich freien Prüfung der Identitätsfrage durch den späteren Richter präjudiziert. Es wird nach dem Gesagten wohl keinem Zweifel unterliegen können, daß der zu der Entscheidung über die Identität der That berufene Richter (Ziff. 2) der ihm vorliegenden That jede Qualifikation verleihen kann, die nicht durch die rechtskräftige Feststellung zu Ziff. 1 ausgeschlossen ist. Die erweiterte Rechtskraft zu Ziff. 3 kann diesen Richter noch nicht binden, da sie sich ja erst aus der von ihm angenommenen Identität der That ergiebt.

Es ist nun zu prüfen, ob und inwieweit der unter Ziff. 1 gedachten rechtskräftigen Feststellung eine über ihren unmittelbaren Gegenstand hinausreichende, auch weitere Einzelhandlungen ergreifende Wirkung zukommt. Hiebei ist zu unterscheiden zwischen verurteilenden und freisprechenden Erkenntnissen, und mit Rücksicht auf die ersteren weiter zwischen denjenigen, welche ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt, und denjenigen, welche ein oder mehrere selbständige Delikte feststellen.

1. Wenn das Gericht ausspricht, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildenden Einzelhandlungen ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt enthalten, so ist damit nicht nur für die im Urteil festgestellten, sondern auch für alle weiteren vom Standpunkte materieller Wahrheit in den Kreis der Deliktseinheit gehörenden Einzelfälle die Eigenschaft, selbständige Handlungen zu sein, verneint. Wenn das Gericht beispielsweise einen gewohnheitsmäßigen Betrieb der Kuppelei festgestellt hat, so kann ein späterer Richter bezüglich einer damals nicht zur Kenntnis des Gerichts gelangten, in die Zeit der abgeurteilten Akte fallenden Einzelhandlung von Kuppelei nicht etwa feststellen, daß sie nicht gewohnheitsmäßig verübt sei und ein selbständiges Delikt bilde. Eine solche Feststellung würde einen Widerspruch gegen das rechtskräftige Urteil enthalten. Denn in der Feststellung, daß der Angeklagte die fragliche Thätigkeit gewohnheitsmäßig betrieben habe, liegt der Ausspruch, daß der Angeklagte bei allen — zeitlich nicht ganz getrennten — Thätigkeitsakten von dem Hang zur Fortsetzung beherrscht gewesen sei. Und auch wenn ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Betrieb eines Delikts festgestellt ist, so wird damit feststehen, daß — mit verschwindenden Ausnahmen [1]) — alle Einzelhandlungen des fraglichen deliktischen Charakters mit der Absicht der Fortsetzung bezw. außerdem mit der Absicht der Erzielung von Gewinn verübt sind. Ferner: Der frühere Richter hat eine Reihe von Unterschlagungen festgestellt, die unter Verletzung desselben Pflichtverhältnisses begangen wurden, und hat dieselben als fortgesetztes Delikt qualifiziert. Auch hier kann ein nachträglich mit einem weiteren Unterschlagungsakt befaßter Richter nicht unter Mißachtung des die ganze Kette von Unterschlagungen als einheitliches Delikt behandelnden rechtskräftigen Urteils jenen Einzelakt als selbständiges Delikt qualifizieren.

Mit der Annahme der Deliktseinheit ist die Deliktsmehrheit verneint.

---

[1]) Das von John, Kommentar Bd. 2 S. 286 angeführte Beispiel einer solchen Ausnahme spricht nicht gerade für die Häufigkeit derselben: Ein gewerbsmäßiger Wilddieb hilft einem andern Wilddieb bei dessen Jagd, ohne ein eigenes Interesse dabei zu haben!

2. Dagegen ist durch die Feststellung einer Deliktsmehrheit für den über die Identitätsfrage erkennenden späteren Richter nicht auch das Vorliegen einer Deliktseinheit verneint.

a) Wenn der Angeklagte wegen dreier selbständiger Unterschlagungen verurteilt wird, so ist damit nicht verneint, daß der Angeklagte in einer weiteren Einzelhandlung eine weitere Unterschlagung begangen hat, auch nicht, daß eine solche weitere Unterschlagung mit einer der festgestellten Unterschlagungen zusammen ein fortgesetztes Delikt bilde. Durch ein solches Urteil wird ferner nicht ausgeschlossen, daß etwa zwischen den festgestellten Unterschlagungen vorhandene Zwischenglieder von Unterschlagungen jene festgestellten Fälle in der Weise zu einer kontinuierlichen Kette von Unterschlagungen zusammenschließen, daß die ursprünglichen Fälle als Glieder eines fortgesetzten Delikts erscheinen. Verneint ist nur, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildende That, so wie sie vorliegt, also die konkreten Einzelfälle für sich betrachtet ein fortgesetztes Delikt bilden. Für den über die Identitätsfrage entscheidenden Richter ist also rechtskräftig festgestellt nur, daß die That in der Gestalt, wie sie dem früheren Richter zur Beurteilung vorlag, ein oder mehrere selbständige Delikte bildet, nicht ist dies in einer ihn bindenden Weise auch für die That in ihrer sich etwa ergebenden, weitere Einzelfälle umfassenden Gestalt festgestellt.

Die Entscheidung selbst enthält nach dem Ausgeführten gar keinen Ausspruch über das rechtliche Verhältnis der festgestellten zu etwaigen nicht ermittelten Einzelhandlungen. Einen stillschweigenden Ausspruch in dieser Richtung enthalten allerdings die thatsächlichen Feststellungen des Urteils, insofern diese die festgestellten Deliktshandlungen in ihrem ganzen rechtlichen Umfang beschreiben, also verneinen, daß sie sich weiter erstreckt haben, als sie angeben. Allein die thatsächlichen Feststellungen gehen, wie bereits bemerkt, nicht in Rechtskraft über. Wenn also das Urteil beispielsweise festgestellt hat, daß bei Begehung der That der Vorsatz nur auf Verübung dieser einen Deliktshandlung gerichtet war, so ist der spätere Richter nicht gehindert, in Beziehung auf jene

That einen umfassenderen, weitere noch nicht abgeurteilte Einzelfälle in sich begreifenden dolus festzustellen. [1])

Wie ist es aber, wenn die nicht abgeurteilte Einzelhandlung schon im früheren Verfahren ermittelt wurde, der damalige Richter es aber ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt hat, sie zum Gegenstand seiner Aburteilung zu machen, da sie eine andere That darstelle, als wegen welcher das Hauptverfahren wider ihn eröffnet worden sei und die zur Aburteilung einer solchen erforderlichen Voraussetzungen (St.P.O. § 265) nicht erfüllt seien? Auch eine solche ausdrückliche oder konkludente Entscheidung über das Verhältnis der abgeurteilten zu einer nicht abgeurteilten That kann nicht in Rechtskraft übergehen. [2]) Rechtskräftig wird die Anwendung des Gesetzes auf die zur Aburteilung stehende That, nicht aber die Begründung, mit welcher die Aburteilung einer andern That abgelehnt wird.

b) Das vorstehend Ausgeführte findet entsprechende Anwendung auf diejenigen Kollektivdelikte, bei welchen die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerender Umstand erscheint. Wenn der Angeklagte wegen eines Vergehens der Hehlerei (§§ 258, 259) verurteilt wird, so ist damit keineswegs verneint, daß der Angeklagte die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben habe. Bezüglich der Gewohnheitsmäßigkeit versteht sich dies eigentlich von selbst. Denn eine einzelne Deliktshandlung kann noch keinen gewohnheitsmäßigen Betrieb des betreffenden Delikts darstellen.[3]) Zweifelhaft könnte dies dagegen bezüglich der Gewerbsmäßigkeit sein, weil nach richtiger Ansicht schon ein Einzelfall zur

---

[1]) A. M. R.G. I. 15. Okt. 1894 (E. 26 S. 162). Diese Entscheidung beruht auf der durchaus unhaltbaren — allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochenen — Ansicht, daß auch die thatsächlichen Feststellungen in Rechtskraft übergehen.

[2]) A. M. R.G. III. 28. Okt./4. Nov. 1886 (E. 15 S. 23 ff.); das Nähere über dieses Erkenntnis s. unten. Gl. Ans. die unten S. 37 N. 2 angeführte Entscheidung II. 10. Nov. 1882 (E. 7 S. 229 ff.).

[3]) Vgl. v. Lilienthal, z. L. v. Kollektivdelikte S. 49.

Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Verübung eines Delikts genügen kann.[1]) Allein eine Einzelhandlung kann auch einen Gewerbebetrieb niemals darstellen; es kann nur aus den Umständen, unter welchen sie verübt wurde, folgen, daß ein Gewerbebetrieb vorliege. Es folgt also aus der Feststellung, daß eine Einzelhandlung ein selbständiges Vergehen der Hehlerei[2]) darstelle, negativ nur, daß die konkrete Einzelhandlung solche Umstände nicht erkennen lasse. Wenn nicht verneint ist, daß der Angeklagte die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben habe, so ist auch nicht verneint, daß der festgestellte Einzelfall zu einem gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Hehlereibetrieb gehöre.[3])

Qualifiziert das Urteil mehrere Fälle eines Delikts, bei welchem das Strafgesetzbuch die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerenden Umstand vorsieht, als selbständige Delikte, so ergiebt die analoge Erwägung, wie unter a), daß nur bezüglich der That in der Gestalt, wie sie den Gegenstand der Urteilsfindung bildete, also nur bezüglich der dem Richter bekannten konkreten Einzelfälle die gewerbs- bezw. gewohnheitsmäßige Verübung verneint ist. Das Urteil spricht also nur aus, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildenden Vorfälle für sich betrachtet selbständige Handlungen bilden, verneint also weder, daß der Angeklagte das fragliche Delikt gewerbsmäßig betrieben habe, noch daß die abgeurteilten Einzelfälle Bestandteile eines Kollektivdelikts sind.[4]) Und auch hier geht ein ausdrücklicher oder stillschweigender Ausspruch des Urteils über das Verhältnis der abgeurteilten zu nicht abgeurteilten Einzelfällen nicht in Rechtskraft über.

---

[1]) Dochow, z. L. v. gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen S. 58, v. Lilienthal a. a. O. S. 45, H. Meyer, Lehrb. S. 431.

[2]) Oder ein anderes Vergehen, bei welchem das Strafgesetzbuch die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerenden Umstand vorsieht.

[3]) A. M. R.G. II. 20. September 1892 (E. 23 S. 330 ff.); s. über diese Entscheidung unten.

[4]) Von dieser Auffassung scheint auch die Reichsgerichtsentscheidung III. 19. November 1885 (R. 7 S. 670 ff.) auszugehen; s. hierüber unten.

3. Auf Grund eines in Rechtskraft übergegangenen freisprechenden Erkenntnisses steht für den über die Identitätsfrage erkennenden Richter nur so viel fest, daß die That in der Gestalt, wie sie dem früheren Richter zur Beurteilung vorlag, eine Verurteilung nicht ermögliche.[1])

a) Stand ein fortgesetztes oder ein solches Kollektivdelikt in Frage, bei welchem die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerender Umstand erscheint, so enthält das freisprechende Urteil zugleich den Ausspruch, daß auch die Einzelhandlungen als solche keine strafbare Handlung darstellen. Nun ist sehr wohl möglich, daß der eine oder der andere der früher abgeurteilten Einzelfälle im Zusammenhalt mit einem oder mehreren der den Gegenstand der neuen Anklage bildenden Fälle sich in einer andern als der dem früheren Urteil zu Grunde liegenden Gestalt darstellt. Z. B.: Ein Trödler hatte einem Dieb eine von diesem gestohlene Sache abgekauft, war aber freigesprochen worden, da ihm die Kenntnis von der Herkunft jener Sache nicht nachzuweisen war. Nun wird — etwa in der Verhandlung über weitere von jenem Dieb begangene Diebstähle — ermittelt, daß der Trödler schon vor dem bereits abgeurteilten Fall von demselben Dieb in einer Reihe von Fällen gestohlene Gegenstände unter Umständen angekauft hatte, die ihm über die Herkunft der Gegenstände keinen Zweifel lassen konnten, und es stellt sich weiter heraus, daß der Trödler auch andern Dieben wiederholt gestohlene Gegenstände abgenommen hatte. Hier ist durch die weiteren Kaufgeschäfte mit demselben Dieb für den späteren Richter erwiesen, daß der Angeklagte auch in dem früheren Fall die Kenntnis von der deliktischen Herkunft der Sache besaß, und alle Hehlereifälle zusammen werden sich dem Gericht als ein offenbarer gewerbsmäßiger Betrieb der Hehlerei darstellen. An der Annahme eines solchen ist er durch das frühere freisprechende Erkenntnis nicht gehindert, denn dieses hat keineswegs das Vorliegen eines solchen verneint, sondern nur ausgesprochen, daß der konkrete

[1]) Vgl. Glaser in Grünh. Zeitschr. Bd. 12 (1885) S. 311.

Vorfall eine gewerbsmäßige Verübung der Hehlerei nicht erkennen lasse.[1])

Hat der frühere Richter festgestellt, daß die Freisprechung nicht sowohl wegen nicht erwiesener Schuld, als wegen erwiesener Nichtschuld stattfinde, so kann natürlich ein solcher Entscheidungsgrund den späteren Richter nicht binden. Auch in diesem Fall kann letzterer nachträglich feststellen, daß die abgeurteilten Einzelhandlungen den fraglichen Deliktsbegriff erfüllen und zusammen mit den ihm vorliegenden Fällen eine Deliktseinheit darstellen.

b) Auf dem Gebiete derjenigen Kollektivdelikte, bei welchen die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als Thatbestandsmerkmal erscheint, enthält das freisprechende Urteil nicht den Ausspruch, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildenden Einzelhandlungen als solche den fraglichen Deliktsbegriff[2]) nicht erfüllen; denn die Freisprechung kann ja auch lediglich wegen Nichtvorhandenseins einer gewerbs- bezw. gewohnheitsmäßigen Verübung erfolgen müssen. Die Feststellung des früheren Richters, daß die Einzelhandlungen den Deliktsbegriff nicht erfüllen,[3]) ist ein bloßer Entscheidungsgrund, der den späteren Richter nicht binden kann; und auch hier ist das Vorhandensein einer gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Verübung lediglich für die konkreten Einzelfälle für sich betrachtet verneint.

Es ist nun im folgenden zu zeigen, wie sich die Entscheidung der für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem maßgebenden Identitätsfrage auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts mit Rücksicht auf den aus der vorstehenden Ausführung ersichtlichen, den erkennenden Richter bindenden Inhalt des bezüglichen rechtskräftigen Urteils gestaltet. Auch im folgenden soll hin-

---

[1]) Es ergiebt sich dies aus denselben Erwägungen, wie bei Ziff. 2. Das R.G. ist auch hier anderer Meinung: II. 24. Nov. 1893 (E. 25 S. 419 ff.), vgl. hierüber unten.

[2]) Also den Begriff des Glücksspiels, der Kuppelei, der Unzucht ꝛc.

[3]) Auch hier ist natürlich vollkommen unerheblich, ob der frühere Richter das Glücksspiel, die Unzucht, Kuppeleihandlung u. s. w. für nicht erwiesen oder ob er die Nichtschuld des Angeklagten für erwiesen gehalten hat.

sichtlich des Entscheidungsinhalts des Urteils unterschieden werden zwischen

1. dem ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt feststellenden Urteil (§ 6),
2. dem ein oder mehrere selbständige Einzeldelikte feststellenden Urteil (§ 7) und
3. dem freisprechenden Urteil (§ 8).

Wenn im folgenden der Kürze wegen von der konsumierenden Wirkung dieser Urteile gesprochen wird, so ist nach dem Gesagten klar, daß damit nicht, wie dies teilweise vom Reichsgericht geschieht, der Standpunkt vertreten wird, daß sich jeweils a priori aus dem Urteil konstruieren ließe, wieweit sich die die Strafklage verbrauchende Wirkung derselben erstrecke. Daß vielmehr stets das rechtliche Verhältnis der vorliegenden That zu der rechtskräftig abgeurteilten That festzustellen ist, glauben wir im vorigen Paragraphen mit hinreichender Schärfe hervorgehoben zu haben.

§ 6.

Konsumierende Wirkung des ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt feststellenden Urteils.

Kommen nach der Verurteilung einer Person wegen eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts Handlungen desselben deliktischen Charakters zur Anzeige, welche derselbe Angeklagte vor[1]) Erlassung des Urteils begangen hatte, so hat der über diese Handlungen erkennende Richter[2]) zu prüfen, ob sie mit den bereits abgeurteilten Fällen ein einheitliches Delikt bilden. Sollte der Richter bei dieser Prüfung zu der Ansicht kommen, daß der frühere Richter mit Un-

[1]) Bezüglich der nach Erlassung des Urteils begangenen, in den Kreis der Deliktseinheit fallenden Einzelhandlungen s. unten.

[2]) Dieselbe Prüfung hat natürlich schon der die Anklage erhebende Staatsanwalt, sowie der das Hauptverfahren eröffnende Richter anzustellen. Liegt Identität der That vor, so ist schon die Erhebung der Anklage, nicht erst die Aburteilung unzulässig. Der Einfachheit halber soll jedoch immer nur von der Prüfung des erkennenden Richters die Rede sein.

recht Deliktseinheit angenommen hatte, so ist er nach dem oben[1]) Gesagten durch die Rechtskraft des früheren Urteils gehindert, dieser Auffassung dadurch weitere Folge zu geben, daß er auf dieselbe gestützt Selbständigkeit der ihm vorliegenden That annimmt und dieselbe demgemäß zur Aburteilung bringt. Das Gericht hat vielmehr bei seiner Prüfung das Vorhandensein der Diliktseinheit zu Grunde zu legen. Kommt er hienach zu dem Resultat, daß die ihm zur Aburteilung vorliegende That in den Kreis der vom früheren Richter angenommenen Deliktseinheit fällt, so daß dieser, wenn ihm die weiteren Einzelfälle bekannt gewesen wären, seine Entscheidung auf dieselben hätte erstrecken können,[2]) so steht der Verurteilung der Grundsatz ne bis in idem entgegen.[3])

Wie der frühere Richter seine Entscheidung auch auf solche Einzelfälle erstrecken konnte, welche außerhalb der in der Anklage bezeichneten zeitlichen und räumlichen Grenzen der That liegen,[4]) so kann[5]) auch der mit der Entscheidung der Identitätsfrage befaßte Richter feststellen, daß Einzelfälle, welche außerhalb der im Urteil angenommenen Grenzen der That liegen, in den Kreis der Gesamtthat fallen.[6])

---

[1]) S. 30.

[2]) Ob der frühere Richter dies hätte thun können, darüber entscheidet der spätere Richter frei, ohne durch thatsächliche oder Rechtsirrtümer des früheren Richters gebunden zu sein; vgl. auch das vom R.G. II. 10. Nov. 1882 (E. 7 S. 229 ff.) Ausgeführte: „Ob einzelne Momente der zu beurteilenden That wirklich berücksichtigt sind, ob sie wegen mangelnder Kunde von ihrem Vorhandensein nicht berücksichtigt werden konnten, oder ob sie wegen eines Irrtums über das anzuwendende Strafgesetz oder über den Umfang des Rechts zur Aburteilung außer Betracht geblieben sind, ist für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem unerheblich."

[3]) Das Urteil hat nicht auf Freisprechung, sondern auf Einstellung des Verfahrens wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung zu lauten, vgl. Löwe, Kommentar Note 4 zu § 259 und Note 32 zu Abschn. I des 2. Buchs, sowie die dort angeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

[4]) Vgl. oben S. 14 Note 2.

[5]) Und muß dies gegebenen Falls thun.

[6]) Wenn das Urteil festgestellt hatte, daß der Diener seinen Herrn in der Zeit von Oktober 1895 bis Februar 1896 fortgesetzt bestohlen habe, so kann der spätere Richter auch Diebstahlsakte aus dem August oder September 1895 als

Nach anerkanntem Rechtsgrundsatz wird durch das richterliche Urteil die Strafklage hinsichtlich der ihren Gegenstand bildenden That nach allen bei ihr möglichen rechtlichen Gesichtspunkten verbraucht, ohne Unterschied, ob dieselben sämtlich bei der Urteilsfindung bezw. in den Entscheidungsgründen erörtert worden sind. Eine wiederholte Anklage unter verändertem rechtlichem Gesichtspunkt, insbesondere einem früher nicht geltend gemachten ideell konkurrierenden rechtlichen Gesichtspunkte ist ausgeschlossen.[1])

Dies scheint auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts zu der Konsequenz zu führen, daß die Strafklage auch hinsichtlich eines mit einem Einzelfall eines solchen Gesamtdelikts ideell konkurrierenden Delikts verbraucht ist, und zwar auch dann, wenn dieser Einzelfall im früheren Verfahren gar nicht zur Sprache gekommen und das ideell konkurrierende Delikt ein schweres Verbrechen ist.[2])[3]) Allein die Konsequenz ist nur eine scheinbare. Die Einzel-

---

Bestandteile des fortgesetzten Delikts qualifizieren; ferner: hatte ein wegen gewohnheitsmäßigen Betriebs der Kuppelei verurteilendes Erkenntnis nur in Berlin begangene Kuppeleifälle zum Gegenstand, so fallen unter den festgestellten gewohnheitsmäßigen Kuppeleibetrieb auch an andern Orten, z. B. in Stettin, begangene Kuppeleifälle, sofern diese nur „demselben Hange des Thäters ihre Entstehung verdanken; eine Teilung der Einzelfälle je nach ihrem Begehungsorte ist begrifflich ausgeschlossen; auch steht ihr entgegen, daß der für das Moment der Gewohnheitsmäßigkeit wesentliche Hang des Thäters zu dem deliktischen Treiben nicht ein selbständiger, anderer sein kann, je nachdem dieses Treiben an dem einen oder andern Orte geübt wird;“ so R.G. IV. 4. Juli 1893 (E. 24 S. 243 ff.); das hier Gesagte ist entsprechend auf das fortgesetzte, sowie das gewerbs- und geschäftsmäßige Delikt anzuwenden. Vgl. noch oben S. 14 N. 1.

[1]) Vgl. z. B. Geyer, Lehrb. S. 840; Glaser, Hdb. II. S. 65; Ullmann, Lehrb. S. 629; Löwe, Komm. N. 30a zu Abschn. I. des 2. Buchs; Keller, Komm. S. 329; Stenglein, Komm. S. 304; Heffter, ne bis in idem S. 21; sowie zahlreiche bei diesen Schriftstellern angeführte Reichsgerichtsentscheidungen.

[2]) Es kann z. B. mit einem Einzelfall eines Ehebruchs mit verschiedenen Frauenspersonen ein Verbrechen der Notzucht (St.G.B. § 177), mit einem Einzelfall der gewerbsmäßigen Unzucht ein Verbrechen im Sinn des § 176 Ziff. 3 des St.G.B. ideell konkurrieren.

[3]) Die Konsequenz wird auch vom Reichsgericht thatsächlich gezogen, vgl. E. III. 17. März 1892 (E. 23 S. 7 ff.).

fälle eines fortgesetzten und Kollektivdelikts erscheinen, wie schon oben[1]) bemerkt wurde, nur als Thatbestandsmerkmale des Gesamtdelikts.

In dieser Eigenschaft, also als Bestandteile der Gesamtthat sind sie nach dem bisher Gesagten auch dann konsumiert, wenn sie dem über die Gesamtthat erkennenden Richter unbekannt geblieben sind. Dagegen sind die Einzelfälle nicht konsumiert, insofern sie als selbständige Vorfälle für sich eine That im Sinn der Strafprozeßordnung darstellen. Die Strafklage hinsichtlich einer „That" wird nur dadurch verbraucht, daß sie als solche Gegenstand der Anklage und der richterlichen Entscheidung gewesen ist.

Dies ist aber nur bezüglich derjenigen Einzelakte eines Gesamtdelikts der Fall, welche im Eröffnungsbeschluß erwähnt oder infolge nachträglicher Ermittlung noch zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung gemacht werden. Dieser richterlichen Prüfung bleiben aber jene dem Richter unbekannt gebliebenen Einzelthaten vollkommen entzogen. Sie werden daher durch das Urteil nur als Bestandteile der Gesamtthat, nicht als selbständige Einzelthaten wiederholter Anklage entzogen.[2])

Von diesem besonderen Fall der Idealkonkurrenz abgesehen,[3]) darf die hier vertretene Ansicht, daß auch hinsichtlich der dem früheren Richter unbekannt gebliebenen Einzelfälle eines fortgesetzten und Kollektivdelikts die Strafklage konsumiert ist, als die in Theorie[4])

---

[1]) S. 5.

[2]) Zu derselben Ansicht gelangt Glaser im Gerichtssaal Bd. 36 (1884) S. 122 ff., Hdb. II. S. 67 auf Grund des von ihm aufgestellten Satzes, daß der Grundsatz ne bis in idem „nicht mehr anwendbar sei, wenn das Bindeglied, welches zwei Verbrechen oder Verbrechenskomplexe aneinander knüpfe, für eines derselben ganz unwesentlich sei und seine die Verbindung herstellende Eigenschaft bei der ersten Verhandlung gar nicht zum Vorschein gekommen sei."

[3]) Dieser Fall wird meist gar nicht besonders berücksichtigt.

[4]) Alb. Friedr. Berner, non bis in idem, Goltd. Arch. Bd. 3 (1855) S. 491; Heffter, non bis in idem S. 20 Ziff. 5; Max Berner, ne bis in idem S. 98, 99; von den Lehr- und Handbüchern des Strafprozesses vgl. Stenglein, Lehrb. S. 229 f., Glaser, Hdb. II. S. 65 Ziff. 3; s. ferner Löwe, Kommentar

und Praxis[1]) herrschende bezeichnet werden. Sie wird insbesondere auch vom Reichsgericht vertreten[2]) und in derselben Weise wie hier begründet.

Wenn im folgenden in eine Erörterung der gegnerischen Ansichten eingetreten werden soll, so ist vorauszuschicken, daß zu einer Auseinandersetzung mit denjenigen Schriftstellern hier nicht der Ort sein kann, welche die weitgehende konsumierende Wirkung des ein Gesamtdelikt feststellenden Urteils zum Anlaß nehmen, dem Begriff des fortgesetzten und Kollektivdelikts überhaupt die Anerkennung zu versagen.

Zu diesen Schriftstellern ist zwar Stenglein nicht zu rechnen; derselbe erkennt den Begriff der Deliktseinheit an sich an. Er ist aber der Ansicht,[3]) daß die Einzelhandlungen des fortgesetzten und Kollektivdelikts nicht so sehr der Selbständigkeit entkleidet seien, daß man in Beziehung auf eine nachträgliche Verfolgung der im Urteil unberücksichtigt gebliebenen Einzelhandlungen von einer Wieder-

---

N. 30 c. zu Abschn. I des 2. Buchs, John, Komm. Bd. 2 S. 283 ff. Aus der Litteratur des materiellen Strafrechts vgl. Dollmann-Risch, Komm. z. St.G.B. f. das Kgr. Bayern v. 1861, S. 831 ff., H. Meyer, Lehrb. S. 430 z. N. 17 und S. 431 zu N. 30, v. Liszt, Lehrb. S. 212, Binding, Hdb. I. S. 560; Oppenhoff, Komm. Note 9 und 10 zu § 74; Olshausen, Komm Note 14 b und 21 c zu § 73. Vgl. endlich noch Dochow, z. L. v. gewerbs- und gewohnhm. Verbr. S. 93 ff. Glaser in Grünh. Zeitschr. Bd. 12 (1885) S. 313, insbes. N. 16.

[1]) Sie wurde schon vom bayerischen Kassationshof (vgl. Dollmann-Risch a. a. O.) und vom preußischen Obertribunal (vgl. die bei Oppenhoff a. a. O. cit. Erk.) vertreten; der erstgenannte Gerichtshof hat seine Ansicht später allerdings wieder aufgegeben (Dollmann-Risch a. a. O.). — Nach dem Zeugnisse v. Lilienthals, z. L. v. Kollekt.-Del. S. 64 Note 1 und 2 steht auch die französische Theorie und Praxis auf dem hier vertretenen Standpunkt.

[2]) Vgl. in Beziehung auf das fortgesetzte Delikt: III. 10. Dez. 1883 (E. 9 S. 344 ff., R. 5 S. 766 ff.); bezüglich des Kollektivdelikts: III. 12. Juli 1882 (E. 7 S. 32 ff.), II. 10. Nov. 1882 (E. 7 S. 229 ff.), II. 23. Nov. 1886 (R. 8 S. 134 ff.), IV. 4. Juli 1893 (E. 24 S. 243 ff.).

[3]) Vgl. Komm. Note 8 f. zu § 151; in seinem Lehrbuch S. 229 f. wird die von uns vertretene Ansicht vorgetragen, vgl. oben Note 4 zu S. 39.

aufnahme des Verfahrens zum Zweck der Änderung des Strafmaßes sprechen könnte. Im Interesse der materiellen Wahrheit und der Verteidigung,[1]) welche für das Hereinziehen neu auftauchender, nicht ausdrücklich verwiesener Fälle nicht vorbereitet sein könne, erscheine es als besser, die Analogie des § 79 des St.G.B. herbeizuziehen, als den Begriff der Deliktseinheit, die doch nur eine fingierte sei, dermaßen auf die Spitze zu treiben.

Daß die Möglichkeit, auch im Eröffnungsbeschluß nicht bezeichnete Einzelfälle zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung zu machen, eine Gefährdung der Interessen der materiellen Wahrheit und der Verteidigung an sich zur Folge haben könnte, soll nicht bestritten werden; allein dieser Gefahr, die in gleichem Maß auch bei sonstiger Veränderung der Sachlage eintreten kann, wird in wirksamer Weise durch die Vorschrift der St.P.O. § 264 Abs. 4 vorgebeugt, wonach das Gericht, auch abgesehen von dem Fall einer Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts, auf Antrag oder von Amts wegen die Hauptverhandlung auszusetzen hat, falls dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder der Verteidigung angemessen erscheint. Ganz unannehmbar ist sodann die von Stenglein vorgeschlagene analoge Anwendung des § 79 des St.G.B., einer Vorschrift, die ausdrücklich für die Fälle der realen Konkurrenz, deren Negation ja eben die Deliktseinheit ist, getroffen wurde.

Die Polemik Eichhorns[2]) gegen die vom Reichsgericht vertretene Ansicht über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiete des Kollektivdelikts[3]) beruht unverkennbar auf einer unrichtigen Auffassung der vom Reichsgericht aufgestellten Sätze. Wenn das Reichsgericht sagt, daß das Urteil beim Kollektivdelikt

---

[1]) Über die von Stenglein weiter geltend gemachten Interessen der materiellen Gerechtigkeit s. den Schlußparagraphen.

[2]) In seinem schon auf S. 1 N. 1 citierten Aufsatz: „Non bis in idem und das Reichsgericht“ s. Gerichtssaal Bd. 38 (1886) S. 401 ff.

[3]) Das fortgesetzte Delikt erkennt Eichhorn überhaupt nicht an (a. a. O. S. 431 N. 66).

alle Einzelfälle erledigt, welche gemäß § 263 der St.P.O. in den Kreis der Entscheidung hätten gezogen werden können, das Gericht mag sie gekannt haben oder nicht, so verlangt es damit doch nicht,[1]) daß der Richter auch die ihm unbekannten Einzelfälle berücksichtigen soll. Dies wäre nicht bloß ein „Widerspruch", sondern geradezu widersinnig. Das Reichsgericht unterstellt auch nicht eine bloße Möglichkeit, daß die Einzelfälle, deren Aburteilung es nach dem Grundsatz ne bis in idem für ausgeschlossen hält, sich unter das vom früheren Richter angenommene Gesamtdelikt hätten bringen lassen.[2]) Die Auffassung des Reichsgerichts geht vielmehr dahin, daß der Richter, auch wenn er Einzelfälle eines Kollektivdelikts nicht gekannt hat, und es ihm also thatsächlich unmöglich war, dieselben zu berücksichtigen, die rechtliche Möglichkeit ihrer Berücksichtigung hatte. Diese rechtliche Möglichkeit der Berücksichtigung hat ihren Grund aber nicht darin, daß die Einzelfälle möglicherweise unter das Einheitsdelikt hätten gebracht werden können, sondern weil sie, wie der spätere Richter deklaratorisch feststellt, notwendig zu dem Gesamtdelikt gehören.

Die Bedenken, welche von Eichhorn gegen das Urteil des II. Senats des Reichsgerichts vom 10. November 1882 (E. 7 S. 229 ff.) erhoben werden, im einzelnen zu prüfen, ist hier nicht der Ort. Denn die in demselben vertretene Ansicht, daß dieselben individuellen Einzelfälle von Kuppelei, wenn sie das Thatbestandsmerkmal der Gewohnheitsmäßigkeit und des Eigennutzes zugleich erfüllen, ein Vergehen der gewohnheitsmäßigen Kuppelei in idealer Konkurrenz mit mehreren real konkurrierenden Vergehen der eigennützigen Kuppelei darstellen, muß als verfehlt bezeichnet werden. Offenbar liegt hier nur ein einziges gewohnheitsmäßig verübtes Vergehen der Kuppelei vor. Die eigennützige Absicht des Thäters hat beim Vorliegen einer gewohnheitsmäßigen Verübung keine selbständige Bedeutung als Thatbestandsmerkmal mehr, sie kommt vielmehr nur noch als

---

[1]) So meint Eichhorn a. a. O. S. 437.

[2]) Eichhorn a. a. O. S. 439, 441.

Straferhöhungsgrund, also lediglich für die Strafzumessung in Betracht.[1][2]

Von dem Grundsatz, daß durch die Aburteilung eines Kollektivdelikts alle in den Kreis der Deliktseinheit fallenden Einzelakte, auch wenn sie dem erkennenden Richter unbekannt blieben, erledigt sind, will Fuld[3] eine Ausnahme für die gewerbsmäßigen Delikte machen. Da hier schon eine einmalige Handlung genügen könne, um die Thätigkeit des Angeklagten als eine gewerbsmäßige erscheinen zu lassen, so sei die Anwendung des ne bis in idem gegenüber den einer bereits abgeurteilten Handlung vorhergehenden Fällen nur mit genauer Unterscheidung des einzelnen Falls statthaft. Wenn in einem gegebenen Fall aus der unter Anklage stehenden Einzelhandlung der gewerbsmäßige Charakter des Thuns unzweifelhaft hervorgehe und dementsprechende Verurteilung erfolge, so sei die Strafklage zwar hinsichtlich der jener Einzelhandlung nachfolgenden, nicht aber hinsichtlich der ihr vorausgehenden unberücksichtigten Einzelfälle des gewerbsmäßigen Thuns verbraucht. Wie Fuld zu dieser völlig unhaltbaren Auffassung gelangen konnte, ist beim Mangel einer eingehenderen Begründung unverständlich. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, daß hienach dasselbe objektiv vorhandene gewerbsmäßige Treiben, je nachdem der Richter auf sein Vorhandensein aus dem zufällig gerade ermittelten Einzelakte schließen könnte oder nicht, also aus einem ganz äußerlichen Grunde als eine That oder als mehrere Thaten aufzufassen wäre! Eine eingehende Widerlegung der Fuldschen Ansicht kann hienach als überflüssig unterbleiben.

Einen völlig abweichenden Standpunkt vertritt v. Kries. Derselbe führt in seinem Lehrbuch[4] aus: Der Satz, daß die verbrauchende

[1] Vgl. gegen die vom Reichsgericht vertretene Ansicht, die auch von Olshausen (Note 15 zu § 180) und Oppenhof (Note 9 zu § 180) geteilt wird, namentlich Binding, Hdb. I S. 353 Ziff. 5 a, S. 553 N. 19 u. 21, S. 573 N. 13.

[2] Über die von Eichhorn vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit geltend gemachten Bedenken s. den Schlußparagraphen.

[3] Juristische Wochenschrift Bd. 14 (1885) S. 222 ff.

[4] S. 599 f.

Wirkung des Urteils so weit reicht, als damals die Befugnis des Gerichts zur Aburteilung reichte, sei bei den Kollektivdelikten positiv unrichtig. „Die völlige Gleichstellung von Kollektiv- und Einzeldelikten gehe zu weit. Bei den letzteren komme es zweifellos nur auf die juristische, nicht auf die thatsächliche Möglichkeit der Berücksichtigung an: Die verbrauchende Wirkung erstrecke sich auch auf die nach dem Urteil eingetretenen Erfolge der That. Übertrage man dies auf die Kollektivdelikte, so würde dies bedeuten, daß ebenfalls die nach dem Urteil liegenden Einzelakte der erneuten Anklage entzogen seien, da juristisch ihrer Berücksichtigung beim ersten Urteil nichts im Wege stehe. Diese Folgerung sei natürlich ganz unannehmbar. Hienach sei zu behaupten, daß die verbrauchende Wirkung bei den Kollektivdelikten nur in dem Umfang eintrete, als die Aburteilung thatsächlich stattgefunden habe (nicht in demjenigen, in welchem sie rechtlich habe stattfinden können). Sei A. am 17. April 1891 verurteilt, in der Zeit vom September 1887 bis Februar 1888 gewerbsmäßig gewildert oder gewohnheitsmäßig Kuppelei getrieben zu haben, so seien alle Einzelakte, welche in diesen Zeitraum fallen, aber auch nur diese getilgt. Es könne also neue Anklage erhoben werden, weil er das gleiche Verbrechen im Frühjahr 1890 oder 1891 begangen habe.“ [1])

Wenn v. Kries davon ausgeht, daß bei Einzeldelikten die Berücksichtigung der nach dem Urteil eingetretenen Erfolge der That juristisch möglich sei, so versteht er offenbar diese juristische Möglichkeit in einem ganz anderen Sinn, als dies vom Reichsgericht und in dieser Abhandlung geschieht. Die von uns gemeinte rechtliche Möglichkeit der Berücksichtigung wird zu einer rechtlichen Pflicht der Berücksichtigung, sobald zu ihr die thatsächliche Möglichkeit der Berücksichtigung hinzutritt. Wenn also eine Thatsache, deren Berücksichtigung rechtlich möglich in dem von uns gedachten Sinn ist, in der Hauptverhandlung ermittelt wird, so ist ihre Berücksichtigung

---

[1]) Diese Ausführung giebt auch Ullmann, Lehrb. S. 629 Note 2 wieder, ohne jedoch für oder wider die von v. Kries vertretene Ansicht Stellung zu nehmen.

bei der Urteilsfindung für den erkennenden Richter keine bloße rechtliche Möglichkeit mehr, sondern eine rechtliche Pflicht. Daß in diesem Sinn keine rechtliche Möglichkeit der Berücksichtigung der nach dem Urteil eingetretenen Erfolge der That besteht, bedarf keiner weiteren Ausführung. Der Grund, aus dem wegen der nach dem Urteil eingetretenen Erfolge der That keine neue Anklage erhoben werden darf, ist ein viel natürlicherer, als der von v. Kries angenommene, nämlich der, daß überhaupt der Stoff zu einer weiteren Anklage fehlt, da gar keine neue Willensbethätigung seitens der für den Erfolg verantwortlichen Person vorliegt. Die für den Erfolg kausale Thätigkeit ist bereits bestraft; sie kann wegen des Eintritts des Erfolgs ohne Verletzung des ne bis in idem nicht noch einmal bestraft werden.

Die Analogie des Einzeldelikts führt also nach der von uns vertretenen Ansicht nicht zu dem Ergebnis, daß durch das ein Kollektivdelikt feststellende Urteil die Strafklage auch hinsichtlich der nach dem Urteil begangenen Einzelakte verbraucht sei. Wir wollen aber v. Kries zugeben, daß, wenn der Grundsatz der juristischen Möglichkeit der Berücksichtigung den Verbrauch der Strafklage hinsichtlich der nach dem Urteil begangenen Einzelakte überhaupt bedingen würde, damit seine Unanwendbarkeit auf dem Gebiete des Kollektivdelikts, wie auch des fortgesetzten Delikts dargethan wäre.

Die Frage, ob sich die konsumierende Wirkung des ein Kollektivdelikt feststellenden Urteils auch auf die nach dem Urteil[1]) begangenen Einzelfälle des fraglichen deliktischen Charakters erstrecke,[2]) ist selbstverständlich nur für den Fall aufzuwerfen, wo die letzteren Fälle mit den vor dem Urteil liegenden Einzelfällen nach den Grundsätzen des materiellen Rechts eine Deliktseinheit bilden. Es ist

---

1) D. h. genauer nach der Verkündung eines durch Berufung nicht mehr anfechtbaren Urteils. Bei der Urteilsfindung in der Berufungsinstanz können nach dem Urteil I. Instanz begangene Einzelhandlungen berücksichtigt werden.

2) Vgl. über die Frage Glaser in Grünh. Zeitschr. Bd. 12 (1885) S. 318 Ziff. 4, Hdb. II. S. 66 Note 4 a. E., Binding, Hdb. I. S. 560 Note 49 und die weiteren dort citierten Schriftsteller.

Frage des einzelnen Falls, ob der vor dem Urteil gefaßte Vorsatz, die strafbare Thätigkeit auch nach der Verurteilung fortzusetzen, die Absicht, die gewinnbringende Thätigkeit unbekümmert um die in Aussicht stehende Strafe zu wiederholen, nicht doch infolge der Verurteilung aufgegeben wurde, ob die verbrecherische Neigung nicht doch durch die Verurteilung oder wenigstens durch den Vollzug der Strafe gebrochen worden war, ehe die neue deliktische Thätigkeit begann.

Liegt nach den Grundsätzen des materiellen Rechts eine über das Urteil hinausreichende Deliktseinheit vor, so ist es eben der von v. Kries bekämpfte Satz, welcher den Verbrauch der Strafklage hinsichtlich der nach dem Urteil begangenen Einzelhandlungen ausschließt. Die Berücksichtigung der zur Zeit der Urteilsfällung noch gar nicht geschehenen Thatsachen ist rechtlich unmöglich. Sowenig von einer rechtlichen Möglichkeit der Berücksichtigung des nach dem Urteil eingetretenen Erfolgs der That die Rede sein kann, so wenig ist eine solche Möglichkeit denkbar hinsichtlich der nach dem Urteil begangenen Einzelakte eines Gesamtdelikts. Während aber dort der Erfolg für sich keinen Stoff für eine neue Anklage enthält, ist dies bei weiteren Einzelakten eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts allerdings der Fall. Es liegen neue Willensbethätigungen vor, welche selbständig, d. h. auch ohne Rücksicht auf die vor dem Urteil liegenden Fälle den Begriff eines Delikts erfüllen. Demgemäß können sie auch den Gegenstand einer neuen Anklage bilden.[1]) Da man die vor und die nach dem Urteil liegenden Einzelfälle unter dem Gesichtspunkt der Deliktseinheit als idem, als eine That anzusehen hat, so liegt hier die Möglichkeit eines bis in idem, einer zweimaligen Aburteilung derselben That vor.

Wenn vorhin darauf hingewiesen wurde, daß die vom Thäter nach seiner Verurteilung begangenen, in den Kreis der früheren

---

[1]) Gl. Ans. Glaser a. a. O.; Binding a. a. O.; und die von demselben citierten Schriftsteller und Urteile höchster Gerichtshöfe; vgl. außer dem von Binding angeführten R.G. II. 25. Nov. 1881 (R. 3 S. 739) noch das Erk. I. 17. März 1890 (E. 20 S. 316 ff.).

Deliktseinheit fallenden deliktischen Handlungen auch ohne Rücksicht auf die vor der Verurteilung verübten Akte den Begriff eines Delikts erfüllen, so sollte damit nicht gesagt werden, daß es nicht möglicherweise notwendig werden könne, bei der Aburteilung der neuen Fälle hinsichtlich der Beweisfrage auf die bereits erledigten Fälle Rücksicht zu nehmen. Wenn nämlich den neuen Fällen der Charakter der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit nicht an sich schon deutlich anhaftet, so wird häufig der Rückblick auf die früheren gleichartigen Verübungen dem Richter die Überzeugung aufdrängen, daß es sich bei allen Deliktsfällen zusammen um ein einheitliches, unbekümmert um Verurteilung und Bestrafung fortgesetztes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Treiben handle. Und auch dann, wenn „durch die frühere Bestrafung die Gewohnheitsmäßigkeit oder die Absicht der Gewerbsmäßigkeit gebrochen" worden war, kann die Vergleichung der jetzt unter Anklage stehenden mit den früheren Fällen die Erkenntnis in sich schließen, daß der Angeklagte sein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Treiben wieder aufgenommen habe.[1]) Nun ist aber keineswegs unbestritten, ob eine solche Heranziehung rechtskräftig erledigter Fälle zum Beweis der Gewerbs-, Geschäfts- und Gewohnheitsmäßigkeit rechtlich zulässig sei.[2])

Ein Verstoß gegen den Grundsatz ne bis in idem[3]) könnte in der fraglichen Art der Beweisführung nur dann erblickt werden,

---

[1]) Das zugleich gegen die Ausführung Bindings Hdb. I. S. 550 Note 12. Ob die fragliche Willensrichtung durch die Bestrafung gebrochen worden war, ergiebt sich hauptsächlich aus der Länge der zwischen der Haftentlassung und der ersten Wiederholung des Delikts verstrichenen Zeit.

[2]) Vgl. über diese Frage: H. Meyer, Lehrb. S. 431 zu Note 25; Binding, Hdb. I. S. 550 Note 12; Olshausen, Kommentar Note 7a zu § 260; ders., Einfluß von Vorbestrafungen S. 139 ff.; v. Lilienthal, z. L. v. Kollektivdelikte S. 50 f.; Wachenfeld, Verbrechenskonkurrenz S. 91; v. Buri im Gerichtssaal Bd. 29 (1877) S. 56; Glaser, Hdb. II. S. 66 Note 4 g. E.; ders. Grünh. Zeitschr. Bd. 12 (1885) S. 318 Note 22; s. ferner die bei Olshausen und v. Lilienthal citierten Erkenntnisse höchster Gerichtshöfe.

[3]) Einen solchen Verstoß scheint v. Buri a. a. O. anzunehmen, wenn er

wenn in derselben eine nochmalige Aburteilung der rechtskräftig erledigten Fälle erblickt werden könnte. Dem ist aber nicht so. Es wird nur aus der Thatsache, daß der Angeklagte das fragliche Delikt schon früher mehrmals[1]) und jetzt wiederum begangen hat, also aus der häufigen Wiederholung des Delikts gefolgert, daß beim Angeklagten die Absicht, bezw. ein Hang zu einer solchen Wiederholung vorhanden sei. Daß in einer derartigen Benützung eines rechtskräftig erledigten Falls zu einer Schlußfolgerung keine nochmalige Aburteilung desselben enthalten ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Die Erörterung der übrigen gegen die gedachte Beweisführung geltend gemachten Gründe gehört nicht in den Zusammenhang dieser Abhandlung. Daß wir sie sämtlich als nicht stichhaltig ansehen, wollen wir nicht verschweigen.[2])

---

in der fraglichen Beweisführung eine „nochmalige zusätzliche Bestrafung eines bereits bestraften Reats" erblickt.

[1]) Es braucht also in den früheren Fällen nicht festgestellt worden zu sein, daß der Angeklagte gewerbs- oder gewohnheitsmäßig gehandelt habe. Bei denjenigen Kollektivdelikten, bei welchen die fraglichen Arten der Verübung als Thatbestandsmerkmal erscheinen, können sogar die Fälle, welche in einem wegen mangelnden Beweises der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit freisprechenden Urteil festgestellt werden, zu dem fraglichen Beweis herangezogen werden; gl. Ans. Glaser in Grünh. Zeitschr. a. a. O.

[2]) Nicht darum handelt es sich, „Reaten einen Charakter zu verleihen, den sie an und für sich nicht besitzen", wie v. Buri annimmt, sondern darum, eine denselben anhaftende Eigenschaft herauszustellen, also die richtige Beurteilung einer Strafthat zu ermöglichen; vgl. Olshausen, Einfluß von Vorbestrafungen a. a. O. Ganz unrichtig ist die Behauptung v. Buris, ein durch Aburteilung erledigter Straffall sei in seiner ganzen Eigentümlichkeit als erloschen zu betrachten, so daß er in keiner Weise nochmals in strafrechtliche Erwägung gezogen werden dürfe. Wenn dies richtig wäre, so wäre damit jede Berücksichtigung der Vorbestrafungen ausgeschlossen, — eine völlig unannehmbare Konsequenz!

§ 7.

Konsumierende Wirkung des ein oder mehrere selbständige Einzeldelikte feststellenden Urteils.[1])

Während das Urteil, welches ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt feststellt, mit einer auch den späteren Richter[2]) bindenden Kraft ausspricht, in welchem Verhältnis die festgestellten deliktischen Einzelfälle zu weiteren, nicht festgestellten stehen, enthält das nur ein oder mehrere selbständige Einzeldelikte feststellende Urteil einen derartigen Ausspruch nicht.[3]) Indem dieses ausspricht, daß die den Gegenstand der Strafklage bildende That, so wie sie dem Richter zur Beurteilung vorlag, ein oder mehrere selbständige Delikte enthält, hat es für den späteren Richter nicht festgestellt, daß die den Gegenstand der Urteilsfindung bildenden Einzelfälle auch im Verhältnis zu den jetzt unter Anklage gestellten Einzelfällen[4]) selbständige Delikte bilden. Der mit solchen weiteren Einzelfällen befaßte Richter kann also unbehindert durch das rechtskräftige frühere Urteil erklären, daß diese neuen Einzelhandlungen die Fortsetzung der früheren oder wenigstens einer der früheren seien oder daß sie zusammen mit den früheren Einzelhandlungen ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Treiben darstellen, und er kann dies trotzdem, daß damit die abgeurteilten Fälle anders qualifiziert sind, als in dem früheren rechtskräftigen Urteil. Denn diese frühere Quali-

---

1) Die Ausführungen dieses Paragraphen haben nur auf dem Gebiet der fortgesetzten sowie derjenigen Kollektivdelikte Bedeutung, bei welchen die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit als erschwerender Umstand erscheint. Bei denjenigen Kollektivdelikten, bei welchen jene Eigenschaften als Thatbestandsmerkmal auftreten, ist ja eine Verurteilung wegen selbständigen Einzeldelikts undenkbar.

2) Gemeint ist immer nur derjenige spätere Richter, der mit seiner Entscheidung über die Identitätsfrage zugleich über den Umfang der Rechtskraft des früheren Urteils entscheidet.

3) Vgl. hiezu und zu dem folgenden das oben S. 31—33 Ausgeführte.

4) Es handelt sich stets um Einzelfälle, welche vor der früheren Verurteilung begangen wurden.

fikation bindet den späteren Richter nur insofern, als er nicht findet, daß die abgeurteilte That weitere Einzelhandlungen umfasse, also eine andere Gestalt habe, als der frühere Richter vorausgesetzt hatte.[1])

Wenn hienach der spätere Richter die Möglichkeit hat, auch in dem früheren Urteil nicht erwähnte Einzelhandlungen zu Bestandteilen der damaligen That zu erklären, so hat er offenbar dem früheren Urteil gegenüber keine andere Stellung, als sie dem Eröffnungsbeschluß gegenüber der frühere Richter hatte. Wie dieser, wenn der Eröffnungsbeschluß nur ein oder mehrere selbständige Delikte angenommen hatte, bei Ermittlung weiterer Deliktsfälle unter der Annahme einer Deliktseinheit seine Entscheidung auch auf diese neuen Einzelhandlungen ausdehnen konnte, so kann auch der spätere Richter die früheren und die jetzigen Fälle zusammen als ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt qualifizieren, m. a. W. der spätere Richter hat auch hier, wie im Fall des vorigen Paragraphen Identität der That anzunehmen, wenn der frühere Richter seine Entscheidung auf die neue That hätte erstrecken können.[2]) Ob letzterer dies hätte thun können, hat er, der spätere Richter nach seiner nunmehrigen Kenntnis des Sachverhalts und dementsprechender rechtlicher Beurteilung der Thatsachen frei zu entscheiden. Kommt er hienach zu einem bejahenden Ergebnis, und liegt also Identität der früheren und der nun unter Anklage gestellten That vor, so ist die

---

[1]) Es darf hier wohl darauf hingewiesen werden, daß auch der die Frage der Identität im engeren Sinne entscheidende spätere Richter häufig eine Gestalt der früheren That feststellt, welche eine von dem früheren rechtskräftigen Urteil abweichende Qualifikation derselben bedingt. Z. B.: Der spätere Richter stellt fest, daß die ihm vorliegende That eine vorsätzliche Körperverletzung darstelle, jedoch dieselbe That sei, welche den Gegenstand einer früheren Anklage gebildet hatte und in dem auf diese Anklage ergangenen Urteil rechtskräftig als fahrlässige Körperverletzung qualifiziert worden war.

[2]) Während aber im Fall des vorigen Paragraphen der spätere Richter in gewissem Sinn an die Rechtsauffassung des früheren Richters gebunden war (S. 37 zu Note 1), ist er hier vollkommen frei.

Aburteilung der letzteren nach dem Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen.[1])

Mit dem in diesem Paragraphen in Frage stehenden Fall hat sich die Theorie noch nicht beschäftigt. Dagegen hat das Reichsgericht schon mehrfach Anlaß gehabt, sich mit demselben zu befassen, und zwar sowohl in Beziehung auf das fortgesetzte,[2]) als in Beziehung auf das Kollektivdelikt.[3])

a) Bei den das Kollektivdelikt betreffenden Entscheidungen hatte das frühere Urteil im einen Fall (R. 7 S. 670) drei selbständige, im andern (E. 23 S. 230) ein selbständiges Jagdvergehen (St.G.B. § 293) festgestellt. In beiden Fällen handelte es sich um eine neue Anklage wegen gewerbsmäßigen Jagdvergehens auf Grund von vor dem früheren Urteil begangenen Einzelfällen. Das Reichsgericht sagt nun in seinem Erkenntnis vom 20. September 1892 (E. 23 S. 232):

„Das Urteil des Vorprozesses, soweit es eine Verurteilung enthält, schützt den Angeklagten gegen eine Verfolgung wegen des abgeurteilten Einzelfalls; insoweit es die Frage der Gewerbsmäßigkeit verneint, hindert es eine Verfolgung desselben Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Vergehens aus Handlungen, welche ausschließlich in die Zeit vor dem Urteil fallen. Dagegen sind die Einzelfälle, welche der Richter des Vorprozesses, wenn er sie gekannt hätte, bei Feststellung der Gewerbsmäßigkeit zu berücksichtigen befugt und verpflichtet gewesen wäre, durch die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit nicht mit zur Aburteilung gelangt."

Wir halten diese Ausführungen für verfehlt. Das ist doch keine Prüfung der Frage der Identität der That mehr, sondern eine Deduktion aus der Rechtskraft des Urteils! Der Satz, daß

---

[1]) Die frühere Strafklage hatte auch in diesem Fall die neu ermittelten Einzelhandlungen umfaßt.

[2]) III. 28. Okt./4. Nov. 1886 (E. 15 S. 23 ff., R. 8 S. 643 ff.), I. 15. Okt. 1894 (E. 26 S. 162 ff.).

[3]) III. 19. Nov. 1885 (R. 7 S. 670 ff.), II. 20. Sept. 1892 (E. 23 S. 230 ff.).

die Frage der Gewerbsmäßigkeit durch die Verurteilung wegen einfachen Jagdvergehens für die ganze Zeit bis zum Urteil rechtskräftig verneint sei, ist zwar für die Regel richtig. Es ist aber von vornherein verfehlt, bei der Bestimmung der konsumierenden Wirkung von diesem Satz auszugehen. Denn daß diese durch die Verurteilung wegen eines Einzeldelikts für alle vor dem Urteil liegenden Einzelfälle verneint ist, ergiebt sich ja gerade erst aus dem Satz ne bis in idem. Zunächst bezieht sich die Verneinung nur auf den konkreten abgeurteilten Einzelfall. Erst dadurch, daß zwischen diesem und den weiteren Fällen Identität der That besteht, und daß die That in ihrer neu ermittelten wahren Gestalt nicht nochmals abgeurteilt werden darf, wird die bezüglich jener festgestellte Qualifikation (auch soweit sie negativen Inhalt hat), für diese wirksam. Übrigens ist es denkbar, daß bei Vorliegen eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Betriebs eines Delikts ein einzelner Deliktsfall der fraglichen Art nicht gewerbsmäßig oder ein zeitlich getrennter Akt nicht gewohnheitsmäßig verübt ist.[1]) Kommt zunächst nur dieser zu richterlicher Kognition, so kann die Verneinung der Gewerbsmäßigkeit für diesen Fall den späteren mit weiteren Fällen befaßten Richter nicht hindern, dieselben als gewerbs- oder gewohnheitsmäßig verübtes Delikt zur Aburteilung zu bringen. Denn zwischen dem abgeurteilten Fall und den neuen Fällen besteht ja gar nicht Identität der That.

Wesentlich anders als die Entscheidung des II. Senats vom 20. September 1892 argumentiert diejenige des III. Senats vom 19. November 1885. Dort ist gesagt, daß die Verurteilung wegen der den Gegenstand der neuen Anklage bildenden zwei Fälle von Jagdvergehen unbedenklich wäre, wenn „eine Deliktseinheit durch gewerbsmäßigen Jagdbetrieb unbedingt nicht vorläge". Da aber das Instanzgericht festgestellt habe, daß das unbefugte Jagen des Angeklagten gewerbsmäßig stattgefunden habe — eine Beurteilung des rechtlichen Charakters der Handlungsweise des Angeklagten, die

---

[1]) Vgl. S. 30.

dem Instanzgericht freigestanden sei — so erscheine seine Ansicht nicht als rechtsirrig, daß eine weitere Bestrafung des Angeklagten wegen unbefugten Jagens während des fraglichen Zeitraums durch den Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen sei. — Diese Entscheidung steht offenbar ganz auf dem Boden der von uns vertretenen Ansicht. Sie scheint aber auf den ersten Blick an einem inneren Widerspruch zu leiden. Sie will nämlich dem späteren Richter die freie Beurteilung „des rechtlichen Charakters der Handlungsweise des Angeklagten gestatten, obgleich sie vorher (a. a. O. S. 673 in der Mitte) ausgeführt hatte, daß die Rechtskraft des Urteils sich nicht bloß auf die Feststellung einer Deliktseinheit, sondern auch auf deren — in der Verurteilung wegen selbständiger Einzeldelikte enthaltene — mittelbare Verneinung erstrecke. Der Widerspruch löst sich bei näherem Zusehen ganz einfach. Der III. Senat geht nämlich davon aus, daß die Frage der Gewerbsmäßigkeit des Jagdbetriebs für den späteren Richter nur insofern verneint sei, als er keine Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Jagdvergehens mehr aussprechen könne; die Beurteilung des rechtlichen Charakters der Handlungsweise des Angeklagten stehe ihm frei.[1]) Der Senat fand daher auch dagegen nichts zu erinnern, daß das Instanzgericht (der spätere Richter) die rechtskräftig als selbständige Delikte qualifizierten früheren Fälle zu Bestandteilen eines von ihm angenommenen gewerbsmäßigen Betriebs des unbefugten Jagens erklärt hatte.[2]) Warum es freilich dem über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem entscheidenden Richter anders, als jedem andern späteren Richter gestattet ist, sich mit der rechtskräftig festgestellten Qualifikation der früheren That in dieser Weise in Widerspruch zu setzen, dafür giebt das Urteil keine Erklärung.

[1]) Es war „unstatthaft, den Gesichtspunkt der Gewerbsmäßigkeit in der neuen Anklage wegen Jagdvergehens wieder aufzunehmen", — aber nur insofern als die Anklage ihrer eigentlichen Bestimmung gemäß auf eine Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Jagdvergehens gerichtet war, nicht insofern sie dem Gericht ansann, für die vorliegenden Fälle den Gesichtspunkt der Gewerbsmäßigkeit von neuem zu prüfen.

[2]) Vgl. oben S. 33 zu Note 4.

b) Auf dem Gebiet des fortgesetzten Delikts beschäftigt sich zuerst die Entscheidung des III. Senats vom 28. Okt./4. Nov. 1886[1]) mit der den Gegenstand dieses Paragraphen bildenden Frage. Der Entscheidung lag folgender Fall zu Grunde. Der frühere Richter hatte gegen den Angeklagten sieben selbständige Unterschlagungen festgestellt; dem späteren Richter lagen 23 weitere zum Nachteil derselben Person verübte gleichartige Unterschlagungsfälle zur Beurteilung vor. Hinsichtlich dieser 23 weiteren Unterschlagungsfälle wurde es nun fraglich, ob sie mit zwei von den abgeurteilten Unterschlagungen im Verhältnis eines einheitlichen fortgesetzten Delikts ständen[2]) und also ihre Aburteilung durch den Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen sei.

Der III. Senat führt nun aus: „Durch das rechtskräftige Urteil ist die That insoweit konsumiert und — vorbehaltlich der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens — jeder nochmaligen Aburteilung entzogen, als sie den Gegenstand des rechtskräftigen Urteils gebildet hat und innerhalb der Grenzen statthafter Klagänderung bilden konnte. Dagegen ist die Annahme der Identität dann ausgeschlossen, wenn die neuerdings unter Anklage gestellte That zu der den Gegenstand der rechtskräftigen Aburteilung bildenden im Verhältnisse der Realkonkurrenz steht, die Erstreckung des früheren Urteils auf dieselbe daher nur beim Vorhandensein der in § 265 der Strafprozeßordnung bezeichneten Voraussetzungen statthaft gewesen sein würde.“ Der Senat bemerkt dann, ein Fall der letztbezeichneten Art liege hier vor; die beiden fraglichen Unterschlagungsakte seien in dem früheren Urteil als selbständige Strafthaten aufgefaßt worden, sodann wird fortgefahren: „Insoweit ist aber auch der Inhalt dieses rechtskräftigen Urteils für den später erkennenden Richter bei Beurteilung der Frage maßgebend, ob die ihm vorliegende That identisch mit der rechtskräftig abgeurteilten

---

[1]) E. 15 S. 23 ff., R. 8 S. 643 ff.

[2]) Also in der Weise, daß auch die beiden rechtskräftig als selbständige Delikte qualifizierten früheren Fälle Glieder des fortgesetzten Delikts bilden würden.

ist. Er ist nicht befugt, sich hiebei in direkten Widerspruch mit dem früheren rechtskräftigen Urteile zu setzen und — abweichend von diesem und in den Bestand desselben eingreifend — festzustellen, daß diese rechtskräftig für selbständige, je als durch verschiedene Handlungen begangen erachteten Strafthaten dieser Selbständigkeit entbehren und nur unselbständige Bestandteile eines von ihm als vorhanden angenommenen anderweiten Delikts seien. Wäre dem früheren Richter bei Verhandlung der ihm vorliegenden Sache bekannt geworden, daß Angeklagter außer den damals zur Anklage stehenden Fällen auch noch die im jetzigen Urteil erwähnten 23 weiteren Einnahmeposten sich rechtswidrig angeeignet habe, so würde er die letzteren von dem von ihm eingenommenen, und dem rechtskräftigen Urteil zu Grunde liegenden Standpunkte des Vorliegens einer Mehrzahl real konkurrierender Vergehen aus, als „„andere Thaten, als wegen deren das Hauptverfahren wider den Angeklagten eröffnet worden““, im Sinne des § 265 der St.P.O. aufzufassen gehabt haben, und er würde sie ohne Antrag und beziehentlich Einwilligung der Prozeßbeteiligten nicht zum Gegenstande der Aburteilung haben machen dürfen. Damit ist aber auch für den späteren zur Entscheidung über die Anwendbarkeit des Grundsatzes ne bis in idem berufenen Richter die Frage der Identität verneint. Auch für ihn bilden die neuerlich vorliegenden Unterschlagungsakte — mag er seinerseits dieselben als eine Mehrzahl selbständiger Delikte oder als ein fortgesetztes Vergehen qualifizieren — eine andere That, als die rechtskräftig abgeurteilte; die Rechtskraft des früheren Urteils steht der Verurteilung des Angeklagten wegen dieser andern That nicht entgegen.“

Dieses Erkenntnis giebt für die Entscheidung der Identitätsfrage zwei Gesichtspunkte, die sich aber bei näherem Zusehen als durchaus unvereinbar erweisen. Einerseits wird es für unzulässig erklärt, daß der spätere Richter zwei rechtskräftig für selbständige Handlungen erachtete Unterschlagungsfälle als Bestandteile eines von ihm angenommenen fortgesetzten Delikts erkläre. Andererseits wird es nach dem Hauptgrundsatz für die Anwendung des ne bis

in idem als maßgebend für die Entscheidung der Identitätsfrage bezeichnet, ob der frühere Richter innerhalb der Grenzen statthafter Klagänderung seine Entscheidung auf die weiteren Unterschlagungsfälle hätte erstrecken können. Diese beiden Gesichtspunkte sucht das Reichsgericht dadurch in Einklang zu bringen, daß es erklärt, die Frage, ob der frühere Richter bei Kenntnis der weiteren Unterschlagungsfälle seine Entscheidung auf dieselben hätte erstrecken können, sei von dem seitens des früheren Richters eingenommenen, seinem rechtskräftigen Urteil zu Grunde liegenden Standpunkt des Vorliegens einer Mehrzahl real konkurrierender Vergehen zu entscheiden. Allein dieser Vereinigungsversuch enthält einen logischen Widerspruch. Wenn es sich darum handelt, festzustellen, wie der frühere Richter geurteilt hätte, wenn ihm die weiteren Fälle bekannt gewesen wären, so kann dieser Prüfung des mutmaßlichen Verhaltens des früheren Richters *bei der Urteilsfindung* im Fall der fraglichen Kenntnis doch das posterius, wie der Richter *ohne* Kenntnis der weiteren Fälle *thatsächlich geurteilt hat*, nicht präjudizieren.

Die Frage, ob der frühere Richter seine Entscheidung auf die weiteren Fälle hätte erstrecken können, ist, wie wir gesehen haben,[1] vom späteren Richter nach seiner nunmehrigen Kenntnis des ganzen Sachverhalts unbehindert durch das rechtskräftige Urteil frei zu entscheiden. Es wird aber anzuerkennen sein, daß auf dem Gebiet des fortgesetzten Delikts, wo dem subjektiven Ermessen des einzelnen Richters ein so weiter Spielraum bleibt, der spätere Richter nicht ohne zwingenden Grund von der Rechtsauffassung des früheren Richters abweichen soll. Insbesondere wird er dann, wenn der frühere Richter die Aburteilung weiterer ihm bekannt gewordener Fälle unter der Annahme, daß sie zu den im Eröffnungsbeschluß genannten im Verhältnis der Realkonkurrenz stehen, ausdrücklich abgelehnt hat, sich der Aburteilung derselben zu unterziehen haben, wenn sich die Rechtsauffassung des früheren Richters nicht als ganz unhaltbar erweist.

---

[1]) S. 21 Note 1, S. 50, vgl. S. 37 Note 2.

Die Unrichtigkeit der Ansicht, daß die Feststellung selbständiger Delikte in dem früheren Urteile für den über weitere gleichartige Deliktsfälle erkennenden Richter eine bindende Verneinung der Identitätsfrage enthalte, zeigt sich auf dem Gebiet des fortgesetzten Delikts am deutlichsten in dem Fall, wenn das frühere Urteil nur einen Einzelfall zum Gegenstand hatte. Mit der Feststellung des früheren Richters, daß die den Gegenstand des Urteils bildende That Eine That sei, tritt der spätere Richter nicht in Widerspruch, wenn er feststellt, daß die ihm vorliegende That dieselbe Eine That sei. Um auch für diesen Fall jene Ansicht aufrecht erhalten zu können, mußte das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 15. Oktober 1894 [1]) in der Lehre von der Rechtskraft der Strafurteile noch einen Schritt weiter gehen. Es bestreitet dem späteren Richter die Befugnis, einen weitergehenden als den in dem früheren Urteil festgestellten dolus anzunehmen. Damit ist aber das Reichsgericht zu der offenbar ganz unhaltbaren Ansicht von der Rechtskraft der thatsächlichen Feststellungen und damit der Entscheidungsgründe überhaupt gedrängt und hat seine Ansicht somit selbst als unhaltbar erwiesen. Denn eine Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem ist ohne Widerspruch mit den thatsächlichen Feststellungen des rechtskräftigen Urteils überhaupt unmöglich. [2]) — —

Wenn ein Angeklagter wegen eines oder mehrerer selbständiger Delikte verurteilt worden war, so kann einem späteren Richter, der über weitere nach der Verurteilung begangene Deliktsfälle zu erkennen hat, die Überzeugung sich aufdrängen, daß die ihm vorliegende That lediglich die Fortsetzung eines schon in den bereits abgeurteilten Fällen begonnenen, also von vornherein geplant gewesenen fortgesetzten [3]) oder gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen deliktischen Treibens

---

[1]) E. 26 S. 162 ff.

[2]) Vgl. oben S. 23 Note 4.

[3]) Vgl. den in Württemberg schon mehrfach zu höchstrichterlicher Kognition gelangten Fall, wenn ein Impfgegner von vornherein entschlossen ist, auch trotz Bestrafung sich dem Impfzwang nicht zu unterwerfen und nun anläßlich der zweiten und weiterer Anklagen fraglich wird, ob nicht eine einheitliche, schon mit

bilde. Trotz des Vorhandenseins einer Deliktseinheit[1]) zwischen den abgeurteilten und den neuerdings unter Anklage gestellten Fällen ist jedoch die Aburteilung der letzteren durch den Grundsatz ne bis in idem keineswegs ausgeschlossen.[2]) Denn der frühere Richter hätte, auch wenn er die ihm vorliegenden Fälle als Deliktseinheit qualifiziert hätte, seine Entscheidung auf die zur Zeit der Urteilsfindung noch gar nicht verübten Fälle nicht erstrecken können.

§ 8.

Konsumierende Wirkung des freisprechenden Urteils.

Durch ein freisprechendes Urteil ist der spätere Richter nicht gehindert, zwischen den demselben zu Grunde liegenden Einzelfällen und neuerdings unter Anklage gestellten Einzelhandlungen Deliktseinheit festzustellen, soferne nur jene früheren Fälle nach der jetzigen

---

der ersten Bestrafung erledigte Gesetzesübertretung vorliegt; Württ. Gerichtsblatt Bd. 18 (1881) S. 285 ff., Württ. Archiv Bd. 23 (1882) S. 279 ff. In beiden Entscheidungen wird jedoch auf Grund des besonderen Charakters des Impfgesetzes als Zwangsgesetzes die Deliktseinheit verneint, so daß die prozessualische Frage gar nicht zur Erörterung gelangt; s. neuestens Jahrb. d. Württ. Rechtspflege Bd. 8 S. 125 ff.

[1]) Eine dahingehende Feststellung im Urteil des späteren Richters würde gegen die Rechtskraft des früheren Urteils nicht verstoßen; dies nicht aus dem Grund, weil der über die Identitätsfrage erkennende Richter nur an die Rechtskraft im engeren Sinn gebunden ist, denn diese beschränkte Rechtskraft gilt nur für den Richter, der mit der Entscheidung der Identitätsfrage zugleich über den Umfang der Rechtskraft des früheren Urteils entscheidet; sondern deshalb, weil die Rechtskraft der Qualifikation nicht auch für die That in der veränderten Gestalt gelten kann, in der sich dieselbe auf Grund erst nach dem Urteil eingetretener Thatsachen darstellt, wenn also die Richtigkeit der Qualifikation auf Grund der eigenen Thätigkeit des Angeklagten aufgehoben wird.

[2]) Die Frage liegt hier, wo die abgeurteilten Fälle vom früheren Richter als selbständige Delikte angesehen worden waren, nicht anders, als in dem bereits erörterten Fall, wo dieselben als fortgesetztes oder Kollektivdelikt qualifiziert worden waren; vgl. oben S. 45 ff.

Sachlage den in Frage stehenden Deliktsbegriff erfüllen.[1]) Wenn der frühere Richter bei dieser jetzigen Sachlage, d. h. wenn ihm die neuen Fälle bekannt geworden wären, nicht nur hinsichtlich der ihm vorliegenden Fälle Verurteilung ausgesprochen, sondern diese Verurteilung auch auf die nunmehr unter Anklage gestellten Einzelhandlungen hätte erstrecken können bezw. müssen,[2]) so ist die Aburteilung der letzteren nach dem Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen.

Kommt der spätere Richter zu der Überzeugung, daß die abgeurteilten Fälle auch nach der jetzigen Sachlage nichts Strafbares enthalten bezw. den fraglichen Deliktsbegriff nicht erfüllen, so ist die Annahme einer Identität der That zwischen den abgeurteilten und den neuerdings unter Anklage gestellten Fällen undenkbar. Von der Feststellung einer Deliktseinheit kann ja selbstverständlich keine Rede sein. Denn Bestandteile einer solchen können begrifflich nur solche Einzelhandlungen sein, die dem in Frage stehenden Deliktsbegriff auch wirklich vollständig entsprechen. Allein auch die Annahme einer Handlungseinheit — diese ist ja zur Begründung der Identität der That erforderlich und genügend[3]) — ist ausgeschlossen. Das Strafrecht normiert nur das Verhältnis mehrerer deliktischer Handlungen[4]) zu einander, nicht das Verhältnis von deliktischen zu nichtdeliktischen Handlungen. Wenn also für den späteren Richter feststeht, daß die abgeurteilten Fälle keine deliktischen Handlungen waren bezw. — was dem gleichsteht — wenn ihm nicht erwiesen scheint, daß sie deliktische Handlungen waren, so ist er in der Ab-

---

[1]) Vgl. oben S. 34 f.

[2]) Es bedarf nach dem bisher Gesagten (vgl. S. 21 Note 1, S. 37 Note 2, Seite 50 im Text) wohl kaum noch der besonderen Hervorhebung, daß der spätere Richter die Frage, ob der frühere Richter die gedachte Befugnis gehabt hätte, nach freiem Ermessen zu entscheiden hat.

[3]) Vgl. oben § 2.

[4]) Der Ausdruck soll auch die Einzelakte derjenigen Kollektivdelikte umfassen, bei denen die Gewerbs- bezw. Gewohnheitsmäßigkeit der Verübung Thatbestandsmerkmal ist.

urteilung der ihm vorliegenden Fälle nicht gehindert. Er kann also insbesondere auch auf Grund von Einzelhandlungen, die vor einer Freisprechung von der Anklage eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts liegen, eine Verurteilung wegen eines solchen gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts aussprechen.[1])

Auch mit der konsumierenden Wirkung des freisprechenden Urteils hat sich die Theorie noch nicht besonders beschäftigt. Dagegen hat wiederum das Reichsgericht in zwei Erkenntnissen[2]) zu der Frage Stellung genommen.

Das eine Erkenntnis (E. 26 S. 299 f.), wo das in Frage stehende freisprechende Erkenntnis auf eine Anklage wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels ergangen war, kommt zu demselben Resultat, zu welchem es nach der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht hätte kommen müssen. Die Begründung der Entscheidung können wir freilich nicht billigen, da sie wieder nur eine Deduktion aus der Rechtskraft des freisprechenden Erkenntnisses giebt, statt einer Entscheidung der Identitätsfrage mittels Feststellung der Deliktseinheit zwischen den abgeurteilten und den neuen Fällen.

Wie der dem Erkenntnis vom 24. November 1893 (E. 24 S. 419 ff.) zu Grunde liegende Fall nach der von uns vertretenen Ansicht zu entscheiden gewesen wäre, ist aus den Gründen des reichsgerichtlichen Urteils nicht zu entnehmen. Denn dieselben geben nur an, daß der Angeklagte durch den früheren Richter von der

---

[1]) Auf diese Einzelhandlungen hätte der frühere Richter, wenn sie ihm bekannt geworden wären, seine Entscheidung nicht erstrecken dürfen. Wenn der mit der Anklage eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts befaßte Richter findet, daß die ihm vorliegende That weder eine gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Verübung darstellt, noch überhaupt den fraglichen Deliktsbegriff erfüllt, so kann er nicht, wenn er andere Fälle ermittelt, die eine Verurteilung als gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Verübung des gedachten Delikts ermöglichen würden, dieselben zur Aburteilung bringen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn ein mit der Anklage eines Diebstahls befaßter Richter findet, daß der Angeklagte im vorliegenden Fall nicht gestohlen hat, aber in einem andern Fall.

[2]) II. 24. Nov. 1893 (E. 24 S. 419 ff.), II. 4. Dez. 1894 (E. 26 S. 299 ff.).

Anklage der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei freigesprochen worden sei, und daß nunmehr ein vor dem Urteil begangener Einzelfall von Hehlerei unangefochten und bedenkenfrei festgestellt worden sei. Die Begründung des reichsgerichtlichen Erkenntnisses ist aber jedenfalls vollkommen unrichtig.

Ist es schon bei der Bestimmung der konsumierenden Wirkung des ein oder mehrere selbständige Einzeldelikte feststellenden Urteils verfehlt, von der rechtskräftigen Verneinung der Gewerbsmäßigkeit auszugehen,[1]) so ist dies bei der Bestimmung der fraglichen Wirkung des freisprechenden Urteils deshalb ganz unzulässig, weil durch ein solches Erkenntnis das Vorliegen eines gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Betriebs des fraglichen Delikts nicht einmal regelmäßig verneint ist. Denn in allen den Fällen, wo auch der spätere Richter in den abgeurteilten Einzelhandlungen den Thatbestand der Hehlerei, des Glücksspiels u. s. w. nicht festzustellen vermag, kann er zwischen den abgeurteilten und den neuen Einzelhandlungen Deliktseinheit nicht feststellen und die für die abgeurteilten Akte erfolgte Verneinung der Gewerbsmäßigkeit nicht auf die weiteren Akte erstrecken.[2]) Hienach können die neuen Akte, da ihre Identität mit den abgeurteilten straflosen Akten ausgeschlossen ist, in jeder beliebigen Qualifikation, also auch als gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Verübungen zur Aburteilung gebracht werden.

Es war also jedenfalls unrichtig, wenn das Reichsgericht auf Grund der rechtskräftigen Verneinung der Gewerbsmäßigkeit die rechtliche Selbständigkeit des vor der Freisprechung begangenen Einzelfalls von Hehlerei und demgemäß die Möglichkeit seiner Aburteilung annahm. Es kam vielmehr lediglich darauf an, ob durch Ermittlung des neuen Einzelfalls von Hehlerei sich

---

[1]) Vgl. oben S. 52.

[2]) Es darf hier wohl daran erinnert werden, daß es natürlich nicht die Thätigkeit des Richters ist, welche bewirkt, daß sich die Qualifikation auch auf die weiteren Akte erstreckt, sondern die objektiv vorhandene Thateinheit. (Vgl. oben S. 16. 28 f.) Diese hat der Richter in seinem Urteil festzustellen. Die Feststellung hat aber nur deklaratorische Bedeutung.

die abgeurteilten Einzelfälle nun etwa doch als Hehlereiakte darstellten, und wenn ja, ob dieselben dann zusammen mit dem neuen Fall einen einheitlichen gewerbs- bezw. gewohnheitsmäßigen Betrieb der Hehlerei bildeten. Bei der Prüfung dieser Fragen konnten sich verschiedene Möglichkeiten ergeben:

1. Es konnten die früheren Fälle nach wie vor den Thatbestand einer strafbaren Hehlerei nicht erkennen lassen; der neue Fall war hienach je nach den Umständen als einfache oder als gewerbsmäßige Hehlerei zur Aburteilung zu bringen.

2. Es war kein Zweifel, daß auch die früheren Fälle in Wirklichkeit das Vergehen der Hehlerei darstellten; nun kam es darauf an, ob der neue Fall mit den früheren Fällen zusammen sich als gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Betrieb der Hehlerei darstellte: dann war die Aburteilung des neuen Falles nach dem Grundsatz ne bis in idem ausgeschlossen; oder ob ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Betrieb nicht nachzuweisen war: dann war der neue Fall als ein einfaches Vergehen der Hehlerei zur Aburteilung zu bringen. —

Nach dem oben[1]) Gesagten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch zwischen einem oder mehreren den Gegenstand eines freisprechenden Erkenntnisses bildenden Einzelhandlungen und weiteren nach dem Urteil begangenen Deliktsfällen Deliktseinheit bestehen kann. Die rechtliche Behandlung dieses Falls kann keine andere sein, als wenn die rechtskräftig erledigten Fälle zu einer Verurteilung geführt hätten.[2])

---

[1]) S. 57 in und zu Note 1.

[2]) Vgl. oben S. 45 f., 57 f.

Zweiter Abschnitt.

Die konsumierende Entscheidung.

§ 9.

Inländische Entscheidungen.

Außer dem Urteil kommt auch noch andern (richterlichen und nichtrichterlichen) Entscheidungen eine die Strafklage verbrauchende Wirkung zu. Für das Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts ist folgendes besonders hervorzuheben:

1. Dem Urteil steht hinsichtlich der Rechtskraftwirkungen nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (St.P.O. § 450) der unanfechtbar gewordene amtsrichterliche Strafbefehl gleich. Unmöglich kann, was das Gesetz ganz allgemein bestimmt, nur auf die positive Wirkung der Rechtskraft, die Vollstreckbarkeit, nicht auch auf die negative,[1]) den Ausschluß wiederholter Verfolgung derselben That (ne bis in idem) bezogen werden. Das oben in § 6 und 7 über die konsumierende Wirkung des verurteilenden Erkenntnisses auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts Ausgeführte gilt also entsprechend auch für den Strafbefehl.[2]) Bezüglich aller in den Kreis der Deliktseinheit fallenden Einzelhandlungen, auf welche der Amtsrichter seine Entscheidung erstrecken konnte, ist die Strafklage verbraucht. Diese Möglichkeit hat der Amtsrichter nicht bloß bezüg-

---

[1]) A. M. insbesondere Löwe, Kommentar, Note 29 f zu Abschn. I des 2. Buchs der St.P.O., sowie die dort angeführten Reichsgerichtsentscheidungen. Vgl. hiegegen v. Kries, Lehrb. S. 596 ff. Max Berner, ne bis in idem S. 44 ff., G. Pfizer im Gerichtssaal Bd. 40 (1888) S. 344 ff.

[2]) Als Kollektivdelikt, welches im Weg des Strafbefehls abgerügt werden kann, kommt allerdings nur die Übertretung der gewerbsmäßigen Unzucht (St.G.B. § 361 Ziff. 6) in Betracht, in Württemberg nach der Auslegung des Oberlandesgerichts (Württ. Jahrb. Bd. 4 [1892] S. 108 ff.) außerdem noch die Übertretung des Art. 7 Ziff. 3 des Polizeistrafgesetzes.

lich der im Antrag auf Strafbefehl genannten oder bezüglich der bis zur Stellung des Antrags begangenen, sondern bezüglich aller bis zur Erlassung des Strafbefehls verübten Einzelakte. Denn er kann[1]) vor Erlassung des Strafbefehls einmal unter Rückgabe der Akten dem Amtsanwalt zur Erwägung anheimgeben, ob nicht zur Erforschung des ganzen Sachverhalts noch weitere Ermittlungen anzustellen seien oder er kann gemäß § 448 Abs. 2 der St.P.O. die Sache zur Hauptverhandlung bringen und nötigenfalls für Herbeischaffung im Strafbefehl nicht bezeichneter Beweismittel gemäß St.G.B. § 220 von Amts wegen Sorge tragen.[2])

2. Für die polizeiliche Strafverfügung enthält die Strafprozeßordnung eine dem § 450 entsprechende Bestimmung nicht. Einige Landesgesetze haben deshalb anläßlich der Regelung des Verfahrens bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen ausdrückliche Bestimmungen über die Rechtskraft der polizeilichen Strafverfügungen getroffen. Die Gültigkeit dieser Bestimmungen wird mit Unrecht bezweifelt.[3])

---

[1]) Er wird dies zweckmäßig stets thun, wenn der Verdacht begründet ist, daß der Beschuldigte außer den angezeigten Einzelhandlungen noch weitere solche verübt hat.

[2]) Die Zurückweisung des Antrags auf Strafbefehl durch den Amtsrichter steht dem Beschluß auf Nichteröffnung des Hauptverfahrens (St.P.O. § 202, 210) gleich (vgl. Löwe Note 5 zu § 448). Es gilt also für den Zurückweisungsbeschluß das unten sub Ziff. 3 Ausgeführte.

[3]) Es sei nicht anzunehmen, daß die Strafprozeßordnung die Regelung dieser Frage habe der Landesgesetzgebung überlassen wollen (so v. Kries, Lehrb. S. 598, vgl. G. Pfizer im Gerichtssaal Bd. 40 (1888) S. 339; a. M. anscheinend Max Berner, ne bis in idem S. 8). Dies ist durchaus unrichtig. Mit der Befugnis zur Regelung des Verfahrens bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen mußte der Landesgesetzgebung auch die Normierung des Umfangs der Rechtskraft der polizeilichen Strafverfügung überlassen werden, denn diese Normierung muß eine verschiedene sein, je nach den Garantien, welche das Verfahren, insbesondere mit Rücksicht auf die Rechtskunde der Behörden bietet, welchen die polizeiliche Strafgewalt übertragen wird. Es konnte natürlich nicht der Wille des Reichsgesetzes gewesen sein, daß ein völlig rechtsunkundiger Bauernschultheiß Entscheidungen von der Tragweite eines richterlichen Urteils erlassen könne. Andererseits konnte das Reichsgesetz der Landesgesetz-

Die einschlägige Bestimmung des württembergischen Gesetzes vom 12. August 1879, mit welcher diejenige des preußischen Gesetzes vom 23. April 1883 fast wörtlich übereinstimmt, lautet:

Art. 24. „Ist die polizeiliche Strafverfügung vollstreckbar geworden, so findet wegen der nämlichen Handlung eine fernere Anschuldigung nicht statt, es sei denn, daß die Handlung keine Übertretung, sondern ein Vergehen oder Verbrechen darstellt."

Man könnte sehr wohl daran denken, unter „Handlung" im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung für das Gebiet des fortgesetzten und Kollektivdelikts lediglich die Einzelhandlung zu verstehen. Man könnte hiefür geltend machen: Wenn der Gesetzgeber dem Polizeibeamten nicht die Fähigkeit zutraue, eine Übertretung von einem Verbrechen oder Vergehen zu unterscheiden, so könne er ihm noch weniger zutrauen, den komplizierten Begriff eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts zu verstehen, also beurteilen zu können, unter welchen Umständen auf Ermittlung und gleichzeitige Aburteilung mehrerer Einzelhandlungen Bedacht zu nehmen sei. Allein das mangelnde Verständnis für jene Begriffe wird den Polizeibeamten auch hindern, bei der Bestrafung weiterer nachträglich ermittelter Einzelhandlungen die Deliktseinheit durch Anrechnung der

gebung auch nicht verwehren wollen, der polizeilichen Strafverfügung dann die Wirkung eines rechtskräftigen richterlichen Urteils beizulegen, wenn diese in dem von ihr geregelten Verfahren, insbesondere durch Übertragung der polizeilichen Strafgewalt an höhere hiezu qualifizierte Verwaltungsbehörden die Garantie für eine der materiellen Gerechtigkeit entsprechende Ausübung der polizeilichen Strafrechtspflege schuf. Trifft ein das Verfahren bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen regelndes Landesgesetz über die Rechtskraft der Strafverfügung keine Bestimmung, so ist die Lücke je nach Beschaffenheit des Verfahrens gemäß dem oben nachgewiesenen Willen des Reichsgesetzes auszufüllen. Wir halten es also nicht für richtig, wenn das Reichsgericht (II. 2. Okt. 1883 R. 5 S. 570 ff., vgl. III. 19. Febr. 1885 R. 7 S. 132 ff.) jeder polizeilichen Strafverfügung von vornherein die Fähigkeit abspricht, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zu erlangen. Wenn es dies als im Sinn der bezüglichen Bestimmungen der Strafprozeßordnung liegend ansah, so durfte es die Landesgesetze, welche es unternahmen, das Reichsgesetz in dieser Weise authentisch zu interpretieren, nicht unbeanstandet lassen.

früher erkannten Strafe und Einhaltung des Strafmaximums zu berücksichtigen und so dürfte es doch ein zu weit gehender Eingriff in das materielle Recht sein, wenn man der Polizeibehörde grundsätzlich gestatten wollte, die Akte eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts einzeln zur Aburteilung zu bringen. So kommen wir für das preußische und württembergische Recht zu dem Resultat, daß auch durch die polizeiliche Strafverfügung alle bis zum Erlaß derselben verübten Einzelfälle eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts erledigt sind, soferne dieselben nicht zugleich ein Verbrechen oder Vergehen darstellen.[1])

3. Einer kurzen Bemerkung bedürfen auch die im Laufe des Verfahrens ergehenden Beschlüsse, welche den Verbrauch der Strafklage vorbehältlich der Beibringung neuer Thatsachen oder Beweismittel bewirken.[2]) Wenn bezüglich einer That die Eröffnung der Untersuchung rechtskräftig abgelehnt ist, so können die Einzelhandlungen, aus welchen jene That zusammengesetzt ist, selbstverständlich jedenfalls dann mit weiteren Einzelhandlungen zusammen als fortgesetztes oder Kollektivdelikt von neuem zum Gegenstand der Strafverfolgung gemacht werden, wenn infolge der Ermittlung der weiteren Fälle auch die früheren Fälle in einem andern thatsächlichen Licht erscheinen, also insbesondere, wenn erst durch die neuen Fälle die zur Bestrafung erforderliche Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit der früheren Verübungen oder das Vorhandensein eines sonstigen vorher nicht erwiesenen Deliktsmerkmals klargestellt wird.

Wie ist es aber, wenn durch die Ermittlung der weiteren Einzelfälle der Grund, aus dem die Strafverfolgung der früheren Fälle abgelehnt worden ist, nicht berührt wird; können auch hier im Wege der Deliktseinheit die früheren Fälle doch noch mit zur Aburteilung gebracht werden? Z. B. die Eröffnung des Hauptver-

---

[1]) Diese Ausnahme gilt hier, anders als im ordentlichen Verfahren (s. oben S. 38 f.), auch dann, wenn der betreffende Einzelakt ausdrücklich mit zur Aburteilung gelangt ist.

[2]) Vgl. insbesondere Max Berner, ne bis in idem § 16—21, wo die fraglichen Beschlüsse erschöpfend aufgeführt sind.

fahrens wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels ist rechtskräftig abgelehnt, weil die Spielthätigkeit des Beschuldigten den Begriff des Glücksspiels nicht erfülle; es ist vielleicht in dem Beschluß ausdrücklich bemerkt, daß auch das Vorliegen weiterer gleichartiger Einzelfälle nicht zur Annahme eines gewerbsmäßigen Glücksspiels hätte führen können. Nun kommen bei einer andern Staatsanwaltschaft vor dem früheren Gerichtsbeschluß an einem andern Ort begangene, aber im übrigen vollständig gleichartige Fälle zur Anzeige. Daß die Verfolgung dieser Fälle selbst als gewerbsmäßiges Glücksspiel trotz des Vorliegens der Deliktseinheit durch den früheren Gerichtsbeschluß nicht ausgeschlossen sein kann, ergiebt sich daraus, daß der fragliche Beschluß nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (St.P.O. § 210) sich nur auf die dem Richter zur Beurteilung vorliegenden Thatsachen bezieht. Die Rechtsauffassung, welche der frühere Richter über weitere Thatsachen vorliegend bezüglich weiterer Einzelhandlungen ausspricht, bindet ein anderes Gericht nicht. Zweifelhafter ist die Frage, ob die eingestellten Fälle als Elemente des von dem späteren Richter angenommenen gewerbsmäßigen Glücksspiels zur Aburteilung gebracht werden dürfen. Auch diese Frage ist wohl unbedenklich zu bejahen, und zwar aus folgendem Grunde: So wenig als beim Urteil gehen bei einem die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden oder einem andern Einstellungsbeschluß die Entscheidungsgründe in Rechtskraft über. Rechtskräftig festgestellt ist durch einen solchen Beschluß nur, daß die Thatsachen, welche dem beschlußfassenden Richter zur Beurteilung vorlagen, eine Bestrafung des Beschuldigten nicht ermöglichen. Diese Feststellung läßt die Frage vollständig offen, welche neuen Thatsachen und Beweismittel geeignet sind, die den Gegenstand des Beschlusses bildende That als strafbar erscheinen zu lassen. Über diese Frage hat lediglich der mit solchen neuen Thatsachen befaßte Richter zu entscheiden, ohne daß er hiebei an die vom früheren Richter vertretene Rechtsauffassung gebunden wäre.

4. Was den rechtskräftig gewordenen Einstellungsbeschluß im Sinn des § 208 der St.P.O. betrifft, so darf wohl angenommen

werden, daß die Strafklage nur rücksichtlich des Straffalls verbraucht ist, auf den sich die Einstellung bezieht, nicht aber hinsichtlich der ganzen Deliktseinheit, als deren Glied dieser Straffall nachträglich erkannt wird. Da bei der Fassung des fraglichen Beschlusses in eine genauere materielle Prüfung des Falls gar nicht eingetreten wird, so kann der Beschluß auch keine über seinen unmittelbaren Gegenstand hinausgehende Wirkung haben.

§ 10.
Ausländisches Urteil.

Wenn dem inländischen Richter ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt zur Aburteilung vorliegt, dessen Einzelakte teils im Inland, teils im Ausland begangen sind, so kann derselbe die ausländischen Akte nur insoweit[1]) als Elemente der von ihm angenommenen Deliktseinheit mit zur Aburteilung bringen,[2]) als dieselben nach den Gesetzen des Orts, an welchem sie begangen wurden, sei es einzeln oder als gewerbs- bezw. gewohnheitsmäßige Verübungen, mit Strafe bedroht sind und der Thäter ein Deutscher ist oder geworden ist, und als im letzteren Fall ein Antrag der zuständigen Behörde des Auslandes gestellt ist (St.G.B. § 4 Ziff. 3). Da aber ein fortgesetztes und Kollektivdelikt überall da begangen ist, wo irgend ein Einzelakt desselben verübt wurde,[3]) so ist, wenn die gedachten Voraussetzungen gegeben sind, die Verfolgung und Aburteilung der ausländischen mit den inländischen Akten als einheitliches Delikt möglich.

Wie ist es aber, wenn bereits im Ausland ein Urteil ergangen

[1]) Die nur spezielle Delikte betreffenden Bestimmungen des § 4 Ziff. 1 (vgl. mit § 12 des Sprengstoffgesetzes) und Ziff. 2, § 102, § 298 des St.G.B. bleiben außer Betracht, weil in diesen Fällen das ausländische Urteil das inländische Strafklagrecht niemals konsumiert, vielmehr lediglich eine etwa im Ausland vollzogene Strafe auf die im Inland zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen ist. (St.G.B. § 7.)

[2]) Binding, Hdb. I. S. 419 und 420.

[3]) Vgl. H. Meyer, Lehrb. S. 143, Binding, Hdb. I. S. 419, 420, Olshausen N. 3 zu § 3 des St.G.B., Löwe, N. 1 c zu § 7 der St.P.O., Glaser, Hdb. II. S. 182 und 183, v. Kries, Lehrb. S. 168, Ullmann, Lehrb. S. 188.

und etwa auch bereits vollzogen ist, das dieselbe Deliktseinheit zum Gegenstand hatte, sei es, daß es nur die ausländischen Akte betraf oder daß es sich auch auf die inländischen erstreckte, und mag es die abgeurteilten Akte als selbständige Delikte oder als fortgesetztes oder Kollektivdelikt qualifizieren? Vom Gesichtspunkt des inländischen Begehungsortes scheint die Aburteilung der ganzen Deliktseinheit trotz der Vorschrift des § 5 geboten, vom Gesichtspunkt des ausländischen Begehungsortes scheint durch eben jene Vorschrift jede Verfolgung ausgeschlossen. Keiner der beiden Gesichtspunkte ist ausschlaggebend. Vielmehr ist hier eine Teilung der Deliktseinheit nach den im Inland und den im Ausland verübten Fällen geboten.[1]) Erstere müssen nach Vorschrift des § 3 St.G.B. auch dann nochmals zur Aburteilung gebracht werden, wenn das ausländische Urteil sich auf sie erstreckt hatte, jedoch ist gemäß § 7 im Fall einer Verurteilung eine im Ausland vollzogene Strafe auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen. Bezüglich der im Auslande verübten Fälle ist das inländische Strafklagrecht gemäß § 5 Ziff. 1 des St.G.B. verbraucht.

Die Teilung der Deliktseinheit nach inländischen und ausländischen Akten muß hier gerade so möglich und zulässig sein, wie in dem oben[2]) besprochenen Fall (wenn ein fortgesetztes oder ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges deliktisches Treiben nach der Verurteilung fortgesetzt worden ist), die Teilung nach vor und nach hinter dem Urteil liegenden Fällen. Auch sonst liegen die beiden Fälle analog. Wie der spätere Richter die rechtskräftig erledigten Fälle zum Beweis der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit der Verübung heranziehen darf,[3]) so darf der inländische Richter diesen Beweis auch den im Ausland verübten Fällen entnehmen.[4])

[1]) Die Notwendigkeit der Teilung der Deliktseinheit in Beziehung auf die Frage des Verbrauchs der Strafklage nötigt aber nicht auch dazu, die Möglichkeit einer Deliktseinheit zwischen inländischen und ausländischen Einzelhandlungen überhaupt zu leugnen und damit das inländische forum delicti commissi für die ausländischen Akte aufzugeben.

[2]) S. 45 f., vgl. S. 57 f. und S. 62. — [3]) S. 46–48.

[4]) Vgl. Olshausen N. 7c zu § 260 des St.G.B. und die dort citierten

Schluß.

§ 11.

Ein Haupteinwand gegen die in dieser Abhandlung vertretene Ansicht über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts ist der, daß sie zu Resultaten führe, welche mit der materiellen Gerechtigkeit in auffälligem Widerspruch stehen und daher gegen das allgemeine Rechtsgefühl gröblich verstoßen.[1])

Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß es nach den in dieser Abhandlung vorgetragenen Grundsätzen vorkommen kann, daß ein Angeklagter mit einer zu milden Strafe wegkommt, weil nur ein kleiner Teil der in Wirklichkeit begangenen Einzelhandlungen und gerade die geringfügigen ermittelt wurden, oder daß er ganz frei ausgeht, weil die im Prozeß ermittelten Einzelfälle — vielleicht aus einer längeren Reihe von Einzelfällen gerade die wenigst gravierenden — mangelnden Beweises halber nicht bestraft werden konnten.

Zunächst muß festgestellt werden, daß der in Frage stehende Einwand das von uns gewonnene Ergebnis um deswillen nicht zu

---

Schriftsteller. Olshausen bemerkt richtig, daß diese Heranziehung zum Beweis auch dann zulässig sei, wenn die im Ausland begangenen Fälle dort straflos seien. A. M. v. Lilienthal S. 54, der diese Heranziehung eben nur in diesem Fall gestatten will.

[1]) Dieser Einwand wird namentlich von Stenglein, Komm. N. 8f zu § 151 der St.P.O. (S. 306), sowie von Eichhorn im Gerichtssaal Bd. 38 (1886) S. 437 erhoben. Die Beispiele, welche letzterer anführt, um den Widerspruch mit der materiellen Gerechtigkeit zu veranschaulichen, sind jedoch sehr unglücklich gewählt. Wenn ein freigesprochener gewerbsmäßiger Wilderer nachträglich einen Wildfrevel eingesteht, so kann das Verfahren gemäß St.P.O. § 402 Ziff. 4 gegen ihn wieder aufgenommen werden, und wegen gewerbsmäßiger Hehlerei erhält man niemals bloß einige Tage Gefängnis, sondern mindestens ein Jahr Zuchthaus, St.G.B. § 260.

erschüttern vermag, weil dasselbe, wie wir gezeigt zu haben glauben, die notwendige Konsequenz aus positiven Gesetzesvorschriften darstellt.

Gleichwohl soll der Einwand einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

In erster Linie ist auf denselben zu erwidern,[1]) „daß das allgemeine Rechtsgefühl an der Nichtverfolgbarkeit bei der früheren Aburteilung unberücksichtigt gebliebener Einzelakte mindestens keinen größeren Anstoß nimmt, als an der Unzulässigkeit der neuerlichen Strafverfolgung gegen einen freigesprochenen Mörder, ungeachtet dessen Schuld hinterher durch die stringentesten Beweise dargethan wird oder gegen einen zu einer ganz niederen Gefängnisstrafe verurteilten Dieb ungeachtet der nachträglichen Entdeckung, daß er bei der fraglichen That außer den bei der Aburteilung bekannten minderwertigen Diebstahlsgegenständen eine Staatsobligation im Wert von 1000 ℳ entwendet hat.“[2])

Der Gesetzgeber, welcher den Grundsatz ne bis in idem aufstellte, war sich wohl bewußt, daß derselbe auch zu Widersprüchen mit der materiellen Gerechtigkeit führen könne. Allein die Möglichkeit solcher Widersprüche galt ihm eben weniger, als die Forderung der Billigkeit, daß der Angeklagte wegen derselben Sache nicht zweimal den Wechselfällen eines Prozesses ausgesetzt werden solle.[3]) Die Billigkeit gegen den Angeklagten fordert aber auch die Erledigung innerlich so eng zusammengehöriger Handlungen, wie dies die mehreren Einzelakte eines fortgesetzten oder Kollektivdelikts sind, in einem einzigen Strafverfahren. Offenbar würde es viel zu weit führen, wenn derjenige, welcher ein aus zahlreichen Einzelhandlungen bestehendes fortgesetztes oder Kollektivdelikt begangen hat, immer und

[1]) Dollmann=Risch, Komm. zum St.G.B. für das Königreich Bayern Bd. 1 S. 833 am Schlusse der N. 41.

[2]) Daß in diesen Fällen die erneute Strafverfolgung trotz des Widerspruchs mit der materiellen Gerechtigkeit ausgeschlossen ist, wird wohl von keiner Seite bestritten.

[3]) Der Grundsatz ne bis in idem beruht übrigens nicht lediglich auf der Billigkeit, vgl. Glaser, Grünh. Zeitschr. Bd. 12 (1885) S. 304—306, insbes. S. 306 N. 3.

immer wieder angeklagt werden müßte, sobald ein in den früheren Verfahren übergangener, vielleicht ganz geringfügiger Einzelfall zur Anzeige käme. Demjenigen Angeklagten, welcher durch seine Aburteilung gewarnt und insbesondere demjenigen, welcher durch seine Bestrafung wirklich moralisch gebessert ist, wäre der Weg zu einer ruhigen und geordneten Existenz verschränkt, wenn es jedem Mißgünstigen freistünde, ihn wegen längst vergessener Dinge wieder vor Gericht zu bringen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die mit der materiellen Gerechtigkeit nicht im Einklang stehenden Urteile verhältnismäßig selten sein werden, wenn bei der Führung der Untersuchung im Auge behalten wird, daß das Urteil auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts möglicherweise eine über seinen unmittelbaren Gegenstand hinausreichende Wirkung haben kann. Sobald der Verdacht begründet ist, daß der Angeklagte außer den angezeigten Einzelfällen noch weitere gleichartige Handlungen begangen hat, so wird das Hauptverfahren nicht eher zu eröffnen sein, als bis das letzte Mittel zur Erforschung des ganzen Sachverhalts erschöpft ist (vgl. auch St.P.O. § 200). Während es sich sonst zuweilen empfiehlt, den Schwerpunkt der Beweiserhebungen in die Hauptverhandlung zu verlegen, ist dies im vorliegenden Fall ganz verfehlt. Entsteht der Verdacht, daß ein fortgesetztes oder Kollektivdelikt vorliege, erst in der Hauptverhandlung, so dürfen hier natürlich nicht unter Verweisung etwaiger weiterer Fälle zu neuem Verfahren bloß die unter Anklage stehenden Fälle zur Aburteilung gebracht werden. Die Staatsanwaltschaft wird vielmehr zur genügenden Vorbereitung der Anklage und zum Zweck der Herbeischaffung weiterer Beweismittel die Aussetzung der Hauptverhandlung zu beantragen haben; eventuell hat das Gericht auch ohne Antrag von Amts wegen eine dahin gehende Anordnung zu treffen. (St.P.O. §§ 243 Abs. 3, 264 Abs. 4.)